Der Einwand der Arglist und die exceptio plurium nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.
Vorgelegt von

Thomas Pilot
Gerichtsreferendar.

1930.

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen KG., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- u. staatsw. Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern
in aufrichtiger Dankbarkeit gewidmet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0049

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Schriftennachweis.	VII–XI
Abkürzungen.	XI
§ 1. Einleitung.	1—2
§ 2. Begriff des unehelichen Kindes.	2—4
§ 3. Rechtliche Stellung des unehelichen Kindes im allgemeinen.	4—6
1. Teil: Die exceptio und replica doli.	—
§ 4. Entwicklung der exceptio und replica doli im römischen Rechte aus der bonafides.	6—9
§ 5. Stellung des BGB. zur Frage der exceptio und replica doli.	10—26
I. Die exceptio und replica doli generalis.	10—24
a) Stellung des BGB. zur bona fides.	10—11
b) Die allgemeinen Gründe der Gegner der exceptio und replica doli generalis.	11—12
c) Der bei der Behandlung des geltenden Rechtes in der Frage der exceptio und replica doli generalis einzuschlagende Weg.	12—14
d) Die Bedeutung des § 242 BGB. für die exceptio und replica doli generalis.	14—22
α) In seiner engeren Auslegung.	14—16
β) In seiner freieren Auslegung.	16—22
e) Die Bedeutung des § 826 für die exceptio und replica doli generalis.	22—23
f) Die hauptsächlichsten Anwendungsfälle der exceptio und replica doli generalis.	24
II. Die exceptio und replica doli specialis.	24—26
§ 6. Die allgemeinen Voraussetzungen der replica doli specialis können gegenüber der exceptio plurium gegeben sein.	26—27
2. Teil: Die excoptio plurium.	—
§ 7. Geschichte des außerehelichen Unterhaltsanspruchs.	27—30
§ 8. Die über den Rechtsgrund des außerehelichen Unterhaltsanspruchs im gemeinen Rechte aufgestellten Theorien.	30—33
a) Theorien.	30—32
b) Kritik dieser Theorien.	32—33
§ 9. Verhältnis der exceptio plurium zu den Theorien des Rechtsgrundes.	33—34
§ 10. Geschichte der exceptio plurium.	34—35
§ 11. Standpunkt des BGB. zum Rechtsgrund des außerehelichen Unterhaltsanspruchs und zur exceptio plurium.	35—36
§ 12. Rechtliche Natur der exceptio plurium.	36—41
3. Teil: Folgerungen für die Anwendbarkeit der replica doli gegenüber der exceptio plurium.	—
§ 13. Begründung der Unzulässigkeit der replica doli gegenüber der exceptio plurium.	41
§ 14. Würdigung der Gegenansichten.	42—44
Schlußbemerkung.	44

Schriftennachweis.

Archiv für zivilistische Praxis. (Bd. 1, 2, 12, 14, 23, 46, 95, 99.).
Bendix: Das deutsche Privatrecht auf Grund des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. Breslau 1899.
Buegner: Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht. Leipzig 1829.
Busch: Im Archiv f. zivilistische Praxis. Bd. 23, S. 219 ff.
Bürgerliches Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Erläutert von Reichsgerichtsräten. Bde. 1—4, 7. Aufl.
Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Bd. Familienrecht, 1908.
Danz: Auslegung der Rechtsgeschäfte.
— Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.
Dernburg: Deutsches Familienrecht. 1903.
— Pandekten. 4. u. 7. Aufl.
— Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens. 1902.
Deutsche Juristenzeitung. Jahrg. 1904, 1926, 1929.
Deutsche Richterzeitung, Jahrg. 1905.
Dispeker: Die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718 BGB.
Duntze: Im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 12, S. 130.
Eichbaum: Uneheliche Vaterschaft und unerlaubte Handlung in JW. 1911, S. 960.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1, 2. Bd. 2. Teil, 8. Aufl. Familienrecht.
— Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1. u. 2. Band.
Engelmann: Das alte und das neue bürgerliche Recht mit Einschluß des Handelsrechts 1899.
Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2, 1926; Bd. II, 2 1925.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 52, 58, 60, 64, 71, 72, 74, 75, 76, 85, 86, 87, 90; 91; 92; 107.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung. Amtliche Ausgabe, 1888.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 2. Lesung, 1895.
Der Gerichtssaal, Bd. 37.
Gerson: exceptio plurium in DJZ. 1917, S. 318.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd. 1903; 3. Bd. 1921 Berlin.
Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1923.
Herzog: Zum Begriffe der guten Sitten im Bürgerlichen Gesetzbuch. Breslau 1910.
Hirsch: Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Stuttgart 1897.
Hörle: Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder und die Rechtsfolgen der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Janischowsky: Die zivilrechtlichen Folgen der deliktischen Zweitbeiwohnung. (Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der replicatio doli.) Inaug. Diss. Breslau 1929.
Josef: Einrede der Notzucht und der Arglist gegenüber der Einrede mehrerer Zuhälter. (Im Sächs. Arch. 1918, Seite 57 ff).
— Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Erzeuger aus dem Rechtsgrund des Schadensersatzes. (In JW. 1925, S. 2107 ff).
Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1904, 1910—12, 1923—25.
Kipp: Der Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindesstatt. (In DJZ. 1929, S. 461 ff.
Kleinberger: Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug. Diss. Würzburg 1899.
Kuttner: Die Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft (In Jher Jahrb. für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, Bd. 50, S. 429.)
Klingmüller: Der Begriff des Rechtsgrundes. Breslau 1901.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Teil, 1899.

Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Hlfte.. Berlin 1904.
Langheineken: Anspruch und Einrede. Leipzig 1903.
Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und das preußische Allgemeine Landrecht, 1. u. 2. Aufl. 2. Bd. Berlin 1903.
Mantey: Alimente. Breslau 1900.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Berlin 1899.
v. Maurer: Das Stadt- und Landrechtsbuch des Rupprechts von Freysing. Stuttgart und Tübingen 1839.
Meisner: Der allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.
Motive zum Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich. 4. Bd.
Natter: Uneheliche Vaterschaft. Im Arch. f. ziv. Prax., Bd. 95, S. 123 ff.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 2. Bd. Berlin 1909.
Oertmann: Kommentar z. Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Buch, Allgemeiner Teil, Berlin 1927; 2. Buch Recht der Schuldverhältnisse 1910.
Opet: Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Berlin 1906.
Opet u. v. Blume: Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1906.
Pilet: Der Rechtsgrund der Alimentationsverbindlichkeit des außerehelichen Vaters mit besonderer Berücksichtigung der exceptio plurium. Inaug. Diss. 1900.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. 1. Teil, 4. Aufl.; Familienrecht 1906.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 4, Berlin 1897.
Puchta: Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl.
Regelsberger: Pandekten, Bd. 1.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. 1. Bd. Allgem. Teil, 1899.

Römer: Die exceptio doli insbesondere im Wechselrecht. In d. Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 20, S. 48 ff.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege. Jahrg. 1918, Leipzig.
Schefold: Das Rechtsverhältnis der unehelichen Vaterschaft Arch. ziv. Prax., Bd. 99, S. 431 ff.
Scherer: Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erlangen 1899.
Schneider: Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse. 1902.
Spangenberg: Im Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 1, S. 83 ff.
v. Schröter: Zur Lehre von der Alimentation der unehelichen Kinder. In Ztschr. für Zivilrecht u. Prozeß, Bd. 5, S. 303 ff.
Schwarz: Der Einwand der Bescholtenheit im Alimentationsprozeß. In Arch. f. ziv. Prax. Bd. 107, S. 316 ff.
Schweizer: Exceptio plurium und repliaca doli in JW. 1911, S. 696 ff. und JW. 1912, S. 555.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. (Bd. 11, 12, 19, 27, 30, 35).
Seuferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd 69.
Silbermann: Die exceptio doli generalis und das Bürgerliche Gesetzbuch. In Bayr. Ztschr. 1. Jahrg. S. 35 ff.
Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bde., 4. Aufl.
Sohm: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 17. Aufl.
Spahn: Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1897.
von Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1., 2. u. 4. Bd., 9. Aufl.
Stobbe: Das deutsche Privatrecht. 1. Bd. 3. Aufl.
Wach: Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Ztschr. f. deutschen Zivilprozeß, Bd. 29.
Walsmann: Der Verzicht. Leipzig 1912.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. u. 2. Bd. 1927.
Weidlich: Die exceptio plurium concumbentium. In Arch. bürgerl. Recht, Bd. 21, S. 47 ff.

Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht. Im Arch. ziv. Pr., Bd. 100, S. 1 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd. 7. Aufl.
Werber: Zur Auslegung des § 1300 BGB. im Sächs. Arch. 1918, S. 232 ff.
Weyl: System der Verschuldensbegriffe. 1905.
Wörner: Der Rechtsbegriff: unehelicher Vater, Sächs. Arch. Bd. 15, S. 52 ff.
Wurzer: Schadensersatzansprüche von Mutter und Kind, trotz der Einrede der mehreren Zuhälter. Im Recht 1912, S. 226.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. 1. u. 3. Jahrg.

Abkürzungen.

Abs. = Absatz.
Arch. ziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.
Bayr. Ztschr. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bd. = Band.
Bem. = Bemerkung.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
Diss. = Dissertation.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
E. = Entscheidung.
Entw. = Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
ff. = folgende.
Jahrg. = Jahrgang.
JW. = Juristische Wochenschrift.
LG. = Landgericht.
Mot. = Motive zum Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.
OAG. = Oberappellationsgericht.
Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGRKomm. = Kommentar der Reichsgerichtsräte.
S. = Seite.
Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht.
Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seuff. Bl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.

§ 1.

Einleitung.

Sedes materiae der exceptio plurium ist der § 1717 BGB. § 1717 lautet folgendermaßen: „Als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 BGB. gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, es sei denn, daß auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat. Eine Beiwohnung bleibt jedoch außer Betracht, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen hat". In Abs. 2 ist dann gesagt, welche Zeit als die Empfängniszeit gilt, nämlich die Zeit vom 181. bis zum 302. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes mit Einschluß des 181. und des 302. Tages. Die kurzen Worte des 1. Absatzes „... es sei denn, daß auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat", geben den Inhalt der exceptio plurium wieder. Die exceptio plurium ist auf den Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes nach § 1708 BGB. und den Anspruch der Mutter auf Ersatz der sechs Wochen- und Entbindungskosten nach § 1715 BGB. von ausschlaggebender, praktischer Bedeutung. In den überaus meisten Fällen entscheidet sie die Klage über diese Ansprüche zu Ungunsten der Berechtigten, da der nach Abs. 1 Satz 1 des § 1717 gegen sie zulässige Beweis der offenbaren Unmöglichkeit der Abstammung nur in den seltensten Fällen gelingt.

Da die exceptio plurium in den Händen des als Vater in Anspruch Genommenen ein wichtiges Verteidigungsmittel darstellt, so gibt es Fälle, in denen sich der als Vater Verklagte im Prozesse auf einen Mehrverkehr beruft, der nur auf seine Veranlassung und Mitwirkung hin lediglich deswegen zustandegekommen ist, weil er sich für einen etwaigen späteren Unterhaltsprozeß gegen die Unterhaltsklage die Voraussetzungen der exceptio plurium sichern wollte. In derartigen Fällen ist es mit dem zweiten Manne entweder zwar mit

Willen der Kindesmutter zum Geschlechtsverkehr gekommen, aber auf deren Willen ist in geschickter, hinterhältiger Weise eingewirkt worden, oder sie ist gegen ihren Willen in bewußtlosem Zustande zum Beischlaf mißbraucht worden. In solchen Fällen, wo der Beklagte die Voraussetzungen der exceptio plurium in einer gegen die Billigkeit und jedes gesunde Rechtsempfinden verstoßenden Weise erworben hat, taucht die Frage auf, ob der Beklagte sich auf ein derart erworbenes Verteidigungsmittel in rechtswirksamer Weise berufen kann, oder ob einem solchen Verteidigungsmittel ein anderer Rechtsbehelf entgegengehalten werden kann, durch dessen Geltendmachung dem Verteidigungsmittel dessen rechtliche Wirkungen genommen werden. Zu denken ist dabei an eine Gegeneinrede der Arglist, die im römischen Rechte allgemein zulässig war, und die vornehmlich dazu diente, Unbilligkeiten in der Rechtsausübung zu beseitigen. Für eine Gegeneinrede oder Einrede der Arglist (replica und exceptio doli) ist im BGB. eine ausdrückliche Bestimmung nicht enthalten, es ist daher fraglich, ob sie auch noch nach dem geltenden Rechte angewendet werden können. Diese allgemeine Frage muß zunächst untersucht werden, bevor auf die speziellere eingegangen werden kann, ob die replica doli gegenüber der exceptio plurium zulässig und begründet sein kann. Daraus ergibt sich auch der Gang der vorliegenden Erörterung. Bevor auf diese beiden Hauptfragen eingegangen wird, soll zunächst eine Eröterung über den Begriff des unehelichen Kindes, da die exceptio plurium nur für die unehelichen Kinder gilt, und der Begriff des unehelichen Kindes im Gesetze nicht positiv geregelt ist, vorausgeschickt werden, und daran anschließend eine solche über die rechtliche Stellung des unehelichen Kindes im allgemeinen, um darüber einen kurzen Ueberblick zu gewinnen, folgen.

§ 2.

Begriff des unehelichen Kindes.

Unehelich ist das Kind, das nach den Bestimungen der §§ 1591 ff. und des § 1699 BGB. nicht als eheliches Kind anzusehen ist. Demnach:

1. das Kind, auf das die Voraussetzungen des § 1591 nicht

zutreffen, also das von einer ledigen Frauensperson oder von einer Ehefrau vor Eingehung der Ehe oder mehr als 302 Tage nach Auflösung der Ehe geborene Kind. Für den letzten Fall ist aber der Beweis des § 1592 Abs. 2 BGB. zulässig, wonach auch ein Kind noch ehelich sein kann, das innerhalb eines Zeitraumes empfangen worden ist, der weiter als 302 Tage vor dem Tage der Geburt zurückliegt -- der Zeitpunkt der Empfängnis muß aber feststehen —, dies aber nur dann, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 1591 BGB. gegeben sind.

2. Das während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der Eehe geborene Kind, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat. (§ 1591 Abs. 1 Satz 2.) Nicht immer hat aber ein solches Kind die rechtliche Stellung eines unehelichen Kindes; denn die Geltendmachung der Unehelichkeit eines während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes ist nach Maßgabe der §§ 1593 ff. beschränkt. Die Unehelichkeit eines solchen Kindes kann nämlich nur geltend gemacht werden, wenn der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes wirksam angefochten hat oder wenn, er, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist. Das Anfechtungsrecht steht dem Manne nur innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Geburt des Kindes zu. (§ 1594 BGB.) Läßt der Mann die Frist verstreichen, ohne die Ehelichkeit angefochten zu haben, dann kann die Unehelichkeit von niemandem mehr geltend gemacht werden, auch von ihm selbst nicht mehr, so daß dann das Kind endgültig als ehelich zu gelten hat. Daraus folgt, daß die Unehelichkeit des Kindes nur dann unbeschränkt geltend gemacht werden kann, wenn der Mann die Ehelichkeit innerhalb der in § 1594 Abs. 1 bestimmten Frist angefochten hat oder wenn er gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten und auch das Anfechtungsrecht durch Zeitablauf (§ 1594 Abs. 1 BGB.) oder durch Anerkennung (§ 1598) verloren zu haben.

3. Das aus einer absolut nichtigen Ehe hervorgegangene Kind, also aus einer Ehe, die auf einem Formmangel (die Vorschrift über die Form, in der die Ehe geschlossen werden muß, enthält § 1317 BGB.) beruht und nicht in das Heiratsregister eingetragen ist (§ 1699 Abs. 2 BGB.).

4. Das aus einer relativ nichtigen oder anfechtbaren und angefochtenen Ehe stammende Kind, wenn beide Ehegatten bei Abschluß der Ehe deren Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit gekannt haben. (§ 1699 Abs. 1 BGB.) Aber gleichwohl kann trotz der Wirkung der Nichtigkeit der Ehe ex tunc ein aus einer mit Erfolg angefochtenen Ehe entsprossenes Kind, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, von dem Vater, solange er lebt, Unterhalt wie ein eheliches Kind verlangen, wenn es nach § 1699 Abs. 1 BGB. nur deswegen nicht als ehelich gilt, weil beiden Ehegatten die Nichtigkeit bei der Eheschließung bekannt war. Der Unterhaltsanspruch bestimmt sich dann für ein solches Kind nicht nach den Vorschriften der §§ 1705 ff., sondern nach den §§ 1601 ff. Damit sind die Erörterungen über den Begriff des unehelichen Kindes abgeschlossen.

§ 3.

Rechtliche Stellung des unehelichen Kindes im allgemeinen.

Der grundsätzliche Unterschied zwischen den ehelichen und den unehelichen Kindern besteht darin, daß das Gesetz beim unehelichen Kinde ein Verwandtschaftsverhältnis — oder Schwägerschaftsverhältnis, soweit es sich um den Ehegatten handelt — nur mit der Mutter und deren Verwandten, nicht aber mit dem Vater und dessen Verwandten anerkennt. (§§ 1705, 1589 Abs. 2 BGB.) Die Bedeutung der Verwandtschaft bei den ehelichen Kindern zeigt sich besonders auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht (§§ 1601 ff.), des Erbrechts (§§ 1922 ff.) und des Vormundschaftsrechts (§§ 1773 ff.). Weil zwischen dem unehelichen Kinde und dessen Vater kein Verwandtschaftsverhältnis im Rechtssinne besteht, sind auch die unehelichen Kinder desselben Vaters miteinander nicht verwandt, sie sind, wenn sie zugleich von derselben Mutter abstammen, nur halbbürtige Geschwister. Das uneheliche Kind steht auch nicht unter der elterlichen Gewalt des Vaters, auch nicht unter der der Mutter, dieser steht nur die tatsächliche Personenfürsorge zu (§ 1707), es steht unter Vormundschaft (§§ 1773 ff.). Das uneheliche Kind kann aber die Rechte eines ehelichen Kindes erwerben und zwar dann, wenn die Eltern des Kindes die Ehe miteinander eingehen. (§§ 1719 bis 1722 BGB.) Ausnahmsweise ist dies auch für das Rechts-

verhältnis zwischen dem Vater und dem Kinde sowie dessen Abkömmlingen auf dem Wege der Ehelichkeitserklärung, die auf Antrag des Vaters vom Staate nach freiem Ermessen erteilt werden kann, möglich. (§§ 1723 ff. BGB.)

Der uneheliche Vater hat nach den geltenden Bestimmungen gegenüber seinem Kinde überhaupt keine Rechte, die zwischen diesen beiden auf der natürlichen Verwandtschaft beruhende persönliche Beziehung ist rechtlich nur insoweit anerkannt, als dem Kinde nach § 1708 BGB. ein Unterhaltsanspruch zugesprochen ist. Dieser Unterhaltsanspruch ist nur beschränkt auf den Vater des Kindes, erstreckt sich nicht auch auf dessen Verwandte. § 1708 Abs. 1 BGB. lautet folgendermaßen: „Der Vater des unehelichen Kindes ist verpflichtet, dem Kinde bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres den der Lebensstellung der Mutter entsprechenden Unterhalt zu gewähren. Der Unterhalt umfaßt den gesamten Lebensbedarf, sowie die Kosten der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe". Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes unterscheidet sich von dem des ehelichen Kindes in mannigfachen Beziehungen. Er ist insbesondere unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Kindes, wird also nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Kind tatsächlich von irgend einer dritten Seite unentgeltlich, d. h. ohne die Absicht auf Ersatz aus den vom außerehelichen Vater zu zahlenden oder gezahlten Unterhaltsrentenbeiträgen, unterhalten wird.[1] Anders ist die gesetzliche Regelung bei den ehelichen Kindern, da ist grundsätzlich Unterhaltsbedürftigkeit auf seiten des Berechtigten (§ 1602 Abs. 1 BGB.) und Leistungsfähigkeit auf seiten des Verpflichteten (§ 1603 Abs. 1 BGB.) erforderlich. Ausnahmebestimmungen hiervon bestehen nur bezüglich der minderjährigen unverheirateten Kinder im Verhältnis zu deren Eltern (vgl. §§ 1602 Abs. 2, 1603 Abs. 2 BGB.). Das Maß des dem unehelichen Kinde zu gewährenden Unterhalts richtet sich nach der Lebensstellung der Mutter (§ 1708 BGB.), bei den ehelichen Kindern nach der Lebensstellung des Bedürftigen (§ 1610 Abs. 1 BGB.). Der Unterhalt des unehelichen Kindes kann auch für die Vergangenheit verlangt werden (§ 1711 BGB.), bei den ehelichen Kindern ist ein auf die Vergangenheit gerichteter Unterhaltsanspruch nur von dem Zeitpunkte ab begründet, wo der Verpflichtete in Verzug ge-

1) RG. Bd. 96, S. 145.

kommen oder der Anspruch rechtshängig geworden ist (§ 1613 BGB.). Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes erlischt auch nicht mit dem Tode des Vaters (§ 1712 Abs. 1 BGB.), der Erbe des Vaters ist aber berechtigt, das Kind mit dem Betrage abzufinden, der ihm als Pflichtteil gebühren würde, wenn es ehelich wäre (§ 1712 Abs. 2). Bei den ehelichen Kindern dagegen erlischt der Unterhaltsanspruch mit dem Tode des Berechtigten (§ 1615 Abs. 1 BGB.). Der Unterhalt für das uneheliche Kind kann nur in Geld entrichtet werden (§ 1710 Abs. 1 BGB.), beim ehelichen Kinde kann der Verpflichtete aber auch verlangen, daß ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Weise gestattet wird, wenn besondere Gründe das rechtfertigen (§ 1612 Abs. 1 BGB.). Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes ist aber im Gegensatz zu dem des ehelichen Kindes auf das 16. Lebensjahr beschränkt, darüber hinaus gibt es nach § 1708 Abs. 2 BGB. einen weiteren, außerordentlichen Unterhaltsanspruch, aber nur dann, wenn das Kind zur Zeit der Vollendung des 16. Lebensjahres infolge körperlicher oder geistiger Gebrechlichkeit außerstande ist, sich selbst zu ernähren. Dieser Anspruch wird aber von der Leistungsfähigkeit des Vaters abhängig gemacht (§ 1708 Abs. 2, der auf § 1603 Abs. 1 BGB. verweist). Außer dieser Unterhaltsverpflichtung hat der uneheliche Vater nur noch eine Verpflichtung der Mutter gegenüber nach § 1715 BGB. auf Ersatz der sog. sechs Wochen- und Entbindungskosten. Damit sind aber die Verpflichtungen des unehelichen Vaters erschöpft. Für beide Verpflichtungen ist die exceptio plurium von Bedeutung.

1. Teil:

Die exceptio und replica doli.

§ 4.

Entwicklung der exceptio und replica doli im römischen Rechte aus der bona fides.

Bei der Behandlung der Frage, ob die Einrede und Gegeneinrede der Arglist noch im geltenden Rechte ihre Daseinsberechtigung hat, ist ein Zurückgehen auf das römische Recht, der Geburtsstätte dieses Rechtsbehelfes, unumgäng-

lich. Das älteste römische Recht kannte anfangs nur die stricti iuris negotia. Bei dieser Art von Rechtsgeschäften wurde eine ganz bestimmte Leistung geschuldet, deren Erfüllung der Gläubiger auf jeden Fall erzwingen konnte, ohne daß ihm im Prozesse eine exceptio entgegengehalten werden konnte. Hier war naturgemäß eine exceptio oder replica doli unbekannt. Erst allmählich bildeten sich neben den stricti iuris negotia die bonae fidei negotia aus. Bei den bonae fidei negotia wurde zunächst keine festbestimmte Leistung geschuldet, der Inhalt der Leistung bestimmte sich vielmehr erst nach den Umständen des einzelnen Falles, geschuldet wurde das, was unter billig Denkenden (nach Treu und Glauben) erwartet wurde.

„Quidquid dare facere oportet ex bona fide"[1]. Die Natur dieser Rechtsgeschäfte ergibt von selbst, daß bei ihnen die exceptio doli zulässig sein mußte. Verlangte nämlich der Gläubiger eines bonae fidei negotium vom Schuldner etwas, was nicht der bona fides entsprach, so forderte er damit etwas, was nicht geschuldet wurde. Der Schuldner brauchte eine solche Forderung nicht zu erfüllen, im Prozesse mußte er sich dagegen wehren können. Dazu diente ihm die exceptio doli, die auch in den Quellen anerkannt ist[2]. Verteidigte sich auf der anderen Seite der Schuldner im Prozesse gegen die Forderung des Gläubigers in einer Weise, die mit der bona fides unvereinbar war, so mußte sich auch der Gläubiger gegen eine solche unberechtigte Verteidigung wehren können, hierzu diente ihm die replica doli. Die exceptio doli ergab sich gewissermaßen aus den bonae fidei negotia von selbst, es bestand nämlich im römischen Rechte folgender Satz: „bonae fidei negotiis doli exceptio inest". Im Formularprozesse wurde die exceptio doli bei den bonae fidei negotiis vom iudex berücksichtigt, ohne daß sie vom praetor in die Formel eingefügt zu werden brauchte. Jede Formel bei den bonae fidei negotiis lautete schon: quidquid N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fidei bona N^m N^m condemna; si non paret absolve[3]. Bei den stricti iuris negotiis fand sie anfangs auch unter dem Formularprozesse keine Berücksichtigung, erst allmählich

1) Sohm, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts (17. Aufl.) 1928, § 64, S. 375.

2) Papinian in fr. 12 de doli mali et metus exceptione 44,4; Paulus in fr. 1. § 1 de dol. mal. et met. exc. 44, 4.

3) Sohm, a.a.O., § 118, S. 378; Römer: Die exceptio doli, insbes. im Wechselrecht. (In d. Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 20, S. 55.)

setzte sie sich auch bei diesen durch. Im Gegensatz zu den bonae fidei negotia konnte sie bei den stricti iuris negotia vom iudex nur dann berücksichtigt werden, wenn sie vom praetor ausdrücklich in die Formel eingefügt worden war.

Man teilte im römischen Recht die exceptio doli in eine exceptio doli generalis und eine solche specialis ein. Die exceptio doli specialis war immer nur dann gegeben, wenn eine actio doli begründet war, also immer nur dann, wenn der eingeklagte Anspruch vom Kläger durch arglistiges Verhalten, insbesondere durch Betrug, erworben war[4]. Vom Beklagten mußte zur Begründung dieser exceptio doli ein ganz bestimmter Tatbestand, eine betrügliche Täuschung des Klägers, vorgebracht werden. Hierzu konnten nur solche unredliche Handlungen des Klägers in Frage kommen, die zur Zeit des Erwerbes des Anspruchs, also vor der Klageerhebung, begangen worden waren[5]. Mit der exceptio doli generalis rügte der Beklagte das gegenwärtige, gegen die bona fides verstoßende Verhalten des Klägers im Prozesse; in einem solchen Falle wandte sich die exceptio doli gegen die Klageerhebung selbst, sie konnte sich daher nur auf Tatsachen stützen, die erst nach dem Erwerbe des Anspruchs entstanden und von der Art waren, daß sie den Kläger billigerweise davon abhalten sollten, von seinem Rechte Gebrauch zu machen (Wendt, a.a.O. S. 8). Dies war z. B. dann der Fall, wenn der Kläger die Klage erhob, obwohl er genau wußte, daß seinem Anspruche eine begründete Einrede entgegenstand (Ulpian, a.a.O. § 5), ebenso dann, wenn er etwas einklagte, was er sofort wieder zurückgeben mußte (Paulus fr. 8, de. dol. mal. et. met. exc. 4,44: dolo facit, qui petit, quod rediturus est.). Ursprünglich war die exceptio doli generalis immer nur dann gegeben, wenn der Kläger wissentlich durch die Klageerhebung der bonae fides zuwider handelte. Später sah man von der Gesinnung des Klägers ab und billigte die exceptio doli schon immer dann zu, wenn der Kläger durch die Klageerhebung objektiv gegen das Rechtsgefühl oder gegen die bona fides verstoßen hat. (Ulpian in fr. 36 D de verb. oblig. 45,1: idem est, — d. h. die exceptio doli ist zulässig — et si

4) Römer, a.a.O., S. 48.

5) Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Rechte (Arch. f. ziv. Prax. Bd. 100, S. 8). Einen Fall der exceptio doli specialis enthält fr. 36 de verborum oblig. 45, 1; anerkannt ist die exceptio doli spezialis auch von Ulpian fr. 2, pr. D. de dol. mal. et. met. exc. 44, 4.

nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet[6]. Die Funktion der römischen exceptio doli bestand nach Paulus (a.a.O.) darin, den Ausgleich zwischen dem rigor iuris civilis und der naturalis aequitas herbeizuführen[7]. Weil man durch die exceptio doli specialis den in der Vergangenheit, vor der Klageerhebung begangenen dolus, und durch die exceptio doli generalis den durch die Klageerhebung, also den in der Gegenwart begangenen dolus rügte, nannte man die exceptio doli specialis auch exceptio doli in praeteritum und die exceptio doli generalis exceptio doli in praesens. Die Formel für diese Einreden lautete nach Gaius IV Inst. 119: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat (vgl. Wendt, a.a.O. S. 8). Am umfangreichsten war das Gebiet für die Geltung der exceptio doli generalis zu der Zeit, als der Formularprozeß im römischen Rechte galt. In der Zeit nach Dioclecian hat die exceptio doli generalis mit der Vereinigung von ius und iudicium und dem Wegfall der formulae an Bedeutung verloren, weil sich mittlerweilen in vielen Fällen, in denen früher die exceptio doli generalis galt, besondere Rechtssätze ausgebildet hatten, (so das Aufrechnungsrecht, vgl. dazu Wendt, a.a.O. S. 61, 62). Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die exceptio doli generalis im späteren römischen Rechte völlig an Bedeutung verloren hat.

Die Geltung der exceptio und replica doli ist aber auf das Gebiet des römischen Rechts nicht beschränkt geblieben, auch im gemeinen Rechte hatte sie allgemeine Geltung gehabt[8], obwohl sie in den einzelnen Zivilgesetzbüchern wie dem preußischen Landrecht, Oesterreichischem Bürgerlichen Gesetzbuch, Code Civil und dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich erwähnt war. (Vgl. Römer, a.a.O. S. 57.)

---

6) Sohm, a.a.O., § 40, S. 198, 199. Wendt, a.a.O., S. 60; Römer, a.a.O., S. 51. Dernburg: Pandekten, 4. Aufl., § 138, S. 327, 328.

7) Wendt, a.a.O., S. 60.

8) Wendt, a.a.O., S. 16; Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB. 2. Teil, S. 41; Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch d. bürgerl. Rechts, 1926, Bd. I, 1. § 208, III, S. 587; Regelsberger, Pandekten, I, § 192; Dernburg, Pandekten, 7. Aufl. I, S. 321; a.A. anscheinend Windscheid, Pandekten, 7. Aufl. Bd. I, § 47, A. 7. u. Römer, a.a.O., S. 58.

§ 5.

Stellung des BGB. zur Frage der exceptio und replica doli.

I. Die exceptio und replica doli generalis.

a) Stellung des BGB. zur bona fides.

Bei der Behandlung des geltenden Rechtes in der Frage der exceptio und replica doli wird uns die voraufgegangene Erörterung über die Entwicklung und Anwendung der exceptio und replica doli im römischen Rechte manche gute Fingerzeige geben. Die dem römischen Rechte eigene Unterscheidung zwischen exceptio und replica doli generalis und specialis soll auch bei der Erörterung des geltenden Rechtes berücksichtigt werden, und zunächst daher von der exceptio und replica doli specialis gesprochen werden. Ebenso wie im späteren römischen Rechte ist auch im geltenden Rechte die bona fides — im BGB. mit „Treu und Glauben" und auch mit „guten Sitten" bezeichnet — in den mannigfachsten Bestimmungen zum Ausdruck gekommen. Die kurze Erwähnung folgender Bestimmungen möge den Beweis dafür erbringen: § 133 BGB. sagt, daß bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften sei, nicht also der aus den gewählten Worten zufällig sich ergebende Wortsinn soll bei einer Erklärung einer Partei maßgebend sein, sondern über die bloßen Worte hinaus soll nach dem wirklichen Willen geforscht werden. Der wirkliche Wille soll entscheidend sein und nicht der strenge Buchstabe der Erklärung. Aehnliches enthält auch § 157 BGB., wo gesagt ist, daß Verträge nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen sind. § 138 erklärt ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, sogar für nichtig. Weiter bestimmt § 242, daß der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. § 162 BGB bringt die bona fides insofern zur Geltung, als er bei einem Rechtsgeschäfte, das unter einer Bedingung abgeschlossen worden ist, die Bedingung als eingetreten gelten läßt, wenn der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Nach der gleichen Bestimmung gilt der Eintritt

einer Bedingung als nicht erfolgt, wenn er von der Partei, zu deren Vorteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben herbeigeführt worden ist. § 320 Abs. 2 BGB. versagt die nach Abs. 1 zulässige Einrede des nichterfüllten Vertrages, wenn die Verweigerung der Gegenleistung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Auch in den §§ 817, 826 BGB. sind von dem Verstoße gegen die guten Sitten bestimmte Rechtsfolgen abhängig gemacht. Außer diesen angeführten Vorschriften gibt es noch viele andere, die ihre Entstehung dem Bestreben des Gesetzgebers, die bona fides im geltenden Rechte zur Anerkennung zu bringen, verdanken, (z. B. § 254 vgl. auch Wendt, a.a.O. S. 109 ff.). Die angeführten Bestimmungen genügen aber schon, um daraus die Anerkennung der bona fides auch im geltenden Rechte in genügender Weise zu ersehen.

b) Die allgemeinen Gründe der Gegner der exceptio und replica doli generalis.

Wenn aber die bona fides auch im heutigen Rechte in den zahlreichen Bestimmungen anerkannt ist, dann ist damit nach der voraufgegangenen Erörterung des römischen Rechts schon ein Indiz für die Weiterexistenz der exceptio doli generalis festgestellt. Es fehlt aber nicht an Gegnern, die der exceptio doli generalis die Daseinsberechtigung im geltenden Rechte absprechen, so insbesondere Schneider[1], Oertmann[2], Ramdohr[3], Endemann[4] und Langheineken[5]. Die Gegner der exceptio und replica doli generalis stützen ihre Ansicht zunächst darauf, daß bei der Beratung des Büregrlichen Gesetzbuchs die ausdrückliche Einfügung der exceptio doli generalis in Erwägung gezogen, der darauf gerichtete Antrag aber abgelehnt worden sei[6]. Diese Stelle der Protokolle spricht an sich gegen die Zulässigkeit der exceptio doli generalis, aber an einer anderen Stelle der Protokolle, S. 240, heißt es wieder, daß ihre ausdrückliche Einfügung in das BGB. deswegen unterblieben sei, weil sie insoweit als sie in Betracht käme,

1) Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse, S. 155.
2) Kommentar zum BGB., Allgem. Teil, 1927, Vorbem. vor § 194, B, 1, S. 709.
3) in Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 600.
4) Einführung in das Studium des BGB., Lehrbuch des BGB., 5. Aufl., § 73, I, 2 b, S. 315, Anm. 4.
5) Anspruch und Einrede, S. 324 ff.

schon aus § 359 des ersten Entwurfes, dem jetzigen § 242, BGB. zu entnehmen sei. Die ausdrückliche Einfügung ist also nur deswegen unterblieben, weil man dies wegen bereits anderer vorhandener Vorschriften für überflüssig gehalten hat. Demnach spricht der Inhalt der Protokolle nicht gegen die Zulässigkeit der exceptio doli generalis. Weiter ist eingewendet worden, daß dann, wenn die exceptio doli generalis zulässig wäre, bei der Rechtsfindung einzig und allein das subjektive Gefühl des Richters entscheidend sein würde, und damit leicht die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt werden würde. Unser heutiger Richter habe nicht die Stellung eines römischen Prätors, er dürfe nicht die Gründe für seine Entscheidung außerhalb des Gesetzes suchen und seine Entscheidungen nach Billigkeitserwägungen treffen, er müsse vielmehr seine Tätigkeit auf das „ius quod est" beschränken[7]. Diesen Ausführungen ist in dem Punkte beizupflichten, daß der heutige Richter, der nach § 1 GVG. dem Gesetze unterworfen ist, die Gründe für seine Entscheidungen nur im Gesetze suchen könne, und daß er deshalb keine Entscheidungen treffen dürfe die mit dem Gesetze nicht in Einklang zu bringen seien. Die von der Gegenansicht vorgebrachten Bedenken gegen die Zulässigkeit der exceptio und replica doli generalis werden aber sofort zerstreut, wenn dieser Rechtsbehelf eine Stütze im Gesetze selbst findet. Es muß daher versucht werden, die Geltung der exceptio doli generalis aus den bestehenden Vorschriften des BGB. zu begründen. In Frage kommen dafür nur solche allgemeine Bestimmungen des Schuldrechts, die von der Beobachtung der Grundsätze von „Treu und Glauben" und der „guten Sitten" bestimmte Rechtsfolgen abhängig machen.

c) Der bei der Behandlung des geltenden Rechts in der Frage der exceptio und replica doli generalis einzuschlagende Weg.

Die exceptio doli generalis ist weiter nichts als der Hinweis des Beklagten im Prozesse, daß der Kläger durch die Geltendmachung seines an sich formell begründeten Anspruchs infolge Vorliegens besonderer Umstände gegen die Billigkeit und das gesunde Rechtsempfinden verstoße. Das

6) Prot. I, S. 239.
7) So insbesondere Schneider, a.a.O., S. 31.

gleiche gilt von der replica doli generalis, die immer dann gegeben ist, wenn der Beklagte sich in arglistiger Weise gegen den Anspruch des Klägers mit einem an sich begründeten Gegenrechte verteidigt. Beide Rechtsbehelfe stützen sich auf einen rein objektiven Tatbestand, ohne daß es dabei subjektiv auf ein Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder Absicht ankommt (vgl. Wendt, a.a.O. S. 60). Die exceptio und replica doli generalis können nach den voraufgegangenen Ausführungen unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur dann fortgelten, wenn festgestellt werden kann, daß Treu und Glauben und die guten Sitten unter den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine so hervorragende Stellung einnehmen, daß selbst an sich formell begründete Rechte sich vor ihnen beugen müssen. Andere Rechtsprinzipien als Treu und Glauben und die guten Sitten können als Begründung für die exceptio und replica doli generalis nicht in Frage kommen, da nur diese Rechtsprinzipien im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannt sind. Andere nicht darin anerkannte Rechtsgrundsätze können nicht in Betracht kommen, da sonst eine Begründung außerhalb des Gesetzes gesucht würde.

Gegen Treu und Glauben und gegen die guten Sitten kann nicht durch jede unbillige Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung[8] verstoßen werden; denn grundsätzlich liegt jeder Gebrauch eines Rechtes oder eines Verteidigungsmittels innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben und der guten Sitten. Es muß grundsätzlich der römische Rechtssatz gelten; iuris executio non habet iniuriam; qui suo iure utitur, neminem laedit. Nur in ganz besonders gelagerten Fällen kann die Frage auftauchen, ob nicht durch die Zulassung der Rechtsausübung oder der Rechtsverteidigung gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten verstoßen werde. Solche Fälle sind praktisch denkbar. Einige Beispiele mögen dies erhärten. Ein Mieter bleibt mit der ganzen Mietzinszahlung oder einem geringen Teil davon ein paar Tage unverschuldet im Rückstande; dem Vermieter steht bei nicht rechtzeitiger Zahlung des Mietzinses ein Kündigungsrecht zu. Kann der Vermieter von seinem Rechte Gebrauch machen oder verstößt er dadurch gegen Treu und Glauben und steht im Prozesse, wenn der Vermieter sein Recht einklagt, dem Mieter eine exceptio doli generalis zur Seite? Ein anderer Fall: eine Partei bleibt

8) RG. Bd. 86, S. 194.

nur mit einem ganz unerheblichen Teile der Leistung im Verzuge. Kann die andere Partei ohne weiteres, ohne daß von ihr besondere Umstände dafür vorgebracht zu werden brauchen, daß auch der unerhebliche Teil der Leistung für sie von besonderem Wert sei, das Rücktrittsrecht nach § 326 BGB. ausüben, oder verstößt sie durch die Ausübung dieses Rechtes gegen Treu und Glauben? Noch ein weiterer Fall: von einer Partei wird das Nichtzugehen einer für sie bestimmten Willenserklärung verschuldet; kann sie sich dann gegenüber der anderen Partei darauf berufen, daß ihr die Willenserklärung nicht zugegangen sei, oder verstößt sie gegen Treu und Glauben, wenn sie aus ihrem eigenen Verschulden einen Vorteil ziehen will? In diesen Fällen kann nur durch die exceptio doli generalis die Rechtsausübung verhindert werden. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben wäre in den oben angeführten Fällen in der Rechtsausübung zu erblicken. Es fragt sich nur, ob Treu und Glauben oder auch die guten Sitten im Bürgerlichen Gesetzbuch eine solche Anerkennung gefunden haben, daß auch der in einer Rechtsausübung liegende Verstoß gegen sie bestimmte Rechtsfolgen nach sich ziehen kann. Im Zusammenhange mit dieser Frage erhebt sich die weitere Frage, ob nicht die erstgestellte Frage dadurch illusorisch wird, daß Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten sind, von denen auf den Ausschluß einer so weitgehenden Geltung von Treu und Glauben und der guten Sitten geschlossen werden müßte. Zu denken ist dabei an § 226. § 226 verbietet die Ausübung eines Rechtes, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. § 226 wendet sich gegen den sog. schikanösen Rechtsmißbrauch, verbietet aber nicht den „egoistischen Rechtsmißbrauch", bei dem gerade der Hauptzweck der ist, aus der Rechtsausübung Vorteil zu ziehen. Da § 226 nur den schikanösen Rechtsmißbrauch im Auge hat, fallen die Fälle der exceptio und replica doli generalis nicht darunter. (Vgl. hierzu Wendt, a.a.O. S. 150.)

d) Die Bedeutung des § 242 BGB. für die exceptio und replica doli generalis.

α) In seiner engen Auslegung:

Ein Weg zu der Lösung der Frage der exceptio und replica doli generalis weisen uns die Protokolle mit ihrer Bemerkung auf S. 240, wonach die exceptio doli generalis in-

soweit, als sie in Betracht komme, aus § 359 des Entwurfes, dem jetzigen § 242 zu folgern sei .Tatsächlich enthält § 242 auch eine wichtige Grundlage für die exceptio und replica doli generalis. Aus dem Inhalt des § 242 folgt zunächst, wenn man ihn ganz streng auslegt[9], daß der Schuldner seine Verpflichtung, deren Inhalt bereits feststehe, auf die Art und Weise zu erfüllen habe, die Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte gebieten. Treu und Glauben soll also dafür entscheidend sein, wie der Schuldner seine Leistung zu bewirken habe. Daraus ergeben sich bestimmte Folgerungen für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner. § 242 enthält zunächst einen Schutz des Gläubigers. Der Gläubiger braucht nämlich nur eine solche Leistung als Erfüllung anzunehmen, die der Schuldner in einer mit Treu und Glauben im Einklang stehenden Weise bewirkt. Tut der Schuldner dies nicht, dann hat der Gläubiger aus § 242 das Recht, die Leistung abzulehnen. Ein solches Recht muß ihm aber auch dann zustehen, wenn der Schuldner sein Verhalten zwar mit einem aus dem Vertrage oder dem Gesetze sich ergebenden Rechte begründet, durch die Verteidigung mit diesem Recht aber wegen Hinzutreten besonderer Umstände gegen Treu und Glauben verstößt. Gegen Treu und Glauben kann durch die Ausübung eines Rechtes verstoßen werden, wie dies bereits gezeigt worden ist. Damit ist ein Fall der replica doli generalis unmittelbar aus dem Gesetze bewiesen[10]. Der Inhalt des § 242 in seiner engen Auslegung enthält aber auch einen Schutz des Schuldners. Wenn nämlich in § 242 bestimmt ist, daß der Schuldner die Leistung so zu bewirken habe, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, so ist damit auch die Grenze für die Verpflichtung des Schuldners festgelegt. Ueber das, was Treu und Glauben gebieten, hinaus kann der Schuldner nicht verpflichtet sein. Infolgedessen muß ebenso wie der Gläubiger auch der Schuldner berechtigt sein, das Verlangen des Gläubigers, die Leistung in einer Art und Weise zu erfüllen, die mit Treu und Glauben unvereinbar ist, abzulehnen und zwar auch dann, wenn der Gläubiger scheinbar sein Verlangen auf ein an sich begründetes Recht stützt, durch die Geltendmachung dieses Rechtes aber aus irgendwelchen Gründen

9) So eng will ihn z. B. Oertmann (Komm. z. BGB. 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, 1910, § 242, S. 17 ff.) auslegen.
10) Enneccerus, a.a.O., § 208, III, S. 587.

gegen Treu und Glauben verstößt. Damit ist ein weiterer Fall und zwar ein der exceptio doli generalis nachgewiesen[11]. Diese beiden Fälle der exceptio und replica doli generalis, die die Art der Erfüllung der Leistung betreffen, ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetze. Die bisherige Erörterung des § 242 hat gezeigt, daß der Grundsatz von Treu und Glauben nicht nur das Verhalten des Schuldners, sondern auch das des Gläubigers in bestimmte Grenzen zu weisen vermag, und daß beide Teile verpflichtet sind, den Grundsatz von Treu und Glauben zu beobachten.

β) In seiner freien Auslegung:

Mit der geschilderten engen Auslegung ist der Sinn und die Bedeutung des § 242 nicht erschöpft. Der engen Auslegung huldigt die Denkschrift zur Reichstagsvorlage (S. 39). Eine andere Auffassung vertreten die Protokolle (S. 46), wo gesagt ist, daß eine vorgeschlagene Fassung des § 242 deswegen abgelehnt worden sei, weil sie nur die Art der Leistung betraf. Aus dieser Stelle der Protokolle geht deutlich hervor, daß der Gesetzgeber der jetzigen Fassung des § 242 eine über die enge Auslegung hinausgehende Bedeutung beilegen wollte. Will man auch wirklich der Stellung und Bedeutung des § 242, die dieser nach dem Willen des Gesetzgebers unter den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs einzunehmen hat, in vollem Umfange gerecht werden, so muß man dem § 242 noch eine weitere als die bereits bezeichnete Funktion einräumen, § 242 muß auch auf die Bestimmung des Leistungs i n h a l t s von Einfluß sein. Die eine solch weitere Auslegung des § 242 verneinende Ansicht könnte zunächst folgendes als Begründung anführen: § 241 bestimme, daß der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt sei, vom Schuldner eine Leistung zu verlangen. Im Anschluß daran bestimme § 242, daß der Schuldner die (geschuldete) Leistung nach Treu und Glauben zu bewirken habe. Sonach habe § 242 zur unbedingten Voraussetzung, daß ein Schuldverhältnis bereits feststehe; bei seiner Anwendung könne das Vorhandensein eines Schuldverhältnisses nicht mehr in Zweifel gezogen werden. (Vgl. Wendt, a.a.O. S. 85, der diese Auffassung nicht teilt.) Schollmeyer (Komm. z. Recht der Schuldverhältnisse)[12] bezeichnet zwar den Satz des § 242 als ein Ueberbleibsel der exceptio

11) Enneccerus, a.a.O.
12) nach Schneider, a.a.O., S. 57.

doli generalis, zu deren Begründung der objektive Verstoß gegen die bona fides ohne Bewußtsein des Unrechts genügt habe, bezieht aber den Inhalt des § 242 nur auf die Art, in der der Schuldner seine Verbindlichkeit zu erfüllen habe. Ueber die Bestimmung des Inhalts der Verpflichtung des Schuldners disponiere nach seiner Ansicht § 242 nicht, der Inhalt sei vielmehr nach § 157 zu ermitteln. Schneider (a.a.O. S. 85 ff.) nimmt hierzu folgenden Standpunkt ein: Der Inhalt der Leistung bestimme sich nach den für die Einzelfälle bestehenden Vorschriften des Gesetzes oder nach den von den Parteien getroffenen rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen unter Anwendung der in § 157 BGB. bestimmten Auslegungsregel, die nach seiner Ansicht sowohl für das Gesetzes- wie für das Vertragsrecht zu gelten habe (S. 93, vgl. auch S. 129). Das damit mit Hilfe der „einschränkenden" oder „ausdehnenden" Auslegung nach § 157 gefundene, vom Gesetzgeber oder von den Parteien gesetzte Recht müsse rücksichtslos zur Anwendung kommen, „an der Unverbrüchlichkeit des gesetzten Rechtes müsse festgehalten werden" (S. 91). An einer anderen Stelle bezeichnet er das gesetzte Recht als „rocher de bronze" (S. 136). Nur wenn mit Hilfe dieser Auslegungsart nach § 157 festgestellt worden sei, daß für die einzelne zu entscheidende Frage keine gesetzliche Einzelbestimmung oder private Parteiverfügung vorhanden sei, könnte eine Entscheidung nach Treu und Glauben aus § 242 Platz greifen. Eine solche Rechtsprechung nach Treu und Glauben beschränke sich nach seiner Ansicht nur auf die „unumgängliche Ergänzung des Gesetzes und der Vertragsnorm und deren Ausgleichung mit den jeweilig streitigen Tatsachen" (S. 92). § 242 könne aber nach seiner Auffassung niemals zuerst, sondern nur auf dem Umwege über § 157 angewendet werden, § 157 müsse gewissermaßen dem § 242 „Vorspann leisten" (S. 93). Wenn aber die Entscheidung nach richterlichem Ermessen aus § 242 zu treffen sei, dann habe der Richter den Fall so zu entscheiden, wie ihn der Gesetzgeber entschieden haben würde, wenn er diesen einzelnen Fall ins Auge gefaßt hätte, d. h. er müsse „unter genauer Beachtung der tatsächlichen Eigentümlichkeiten des Falles und in sorgsam unparteiischer Abwägung die Mittellinie zwischen den beiden, einander gegenüberstehenden Interessen aufsuchen und von ihr

aus die Scheidung, „die Entscheidung", aussprechen unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrssitte" (S. 132).

Es ist zwar Schneider darin beizustimmen, daß sich der Inhalt der Leistung grundsätzlich aus dem Vertrage und den ergänzenden Vorschriften des Gesetzes zu bestimmen habe, unrichtig ist aber seine Ansicht in dem Punkte, daß auch die gesetzlichen ergänzenden Bestimmungen nach § 157 auszulegen seien. In diesem Punkte widerspricht seine Ansicht dem klarenWortlaut des Gesetzes, da § 157 mit seiner Auslegungsregel nur für Verträge zu gelten hat. In Anbetracht der klaren Fassung des Gesetzes kann § 157 nicht auf die ergänzenden Bestimmungen des Gesetzes ausgedehnt werden, nur § 242 könnte, da andere so allgemein gehaltene Bestimmungen nicht vorhanden sind, dafür in Frage kommen. Auch im übrigen schränkt Schneider das Geltungsgebiet des § 242 zu Unrecht ein. In vielen Fällen, wo Schneider nur im Wege der Auslegung zu einem gerechten Ergebnis kommen zu können glaubt, ist m. E. eine Auslegung nicht angängig, da eine solche doch nur dort Platz greifen könne, wo der gegenseitige Wille der Parteien unklar ist. So z. B. in dem von Stammler[13] angeführten und von Schneider auch behandelten Falle, wo der Pächter mit der Leistung von 1 Mark im Rückstande geblieben ist, und der Verpächter daraufhin von seinem ihm an sich bei nicht rechtzeitiger Zinsleistung zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch macht (Schneider, a.a.O. S. 50 Anm. 72). Schneider verneint das Recht des Verpächters zur Ausweisung des Pächters und begründet seine Entscheidung mit Hilfe der Auslegung damit, daß die Parteien an „diese Entwicklung und tatsächliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses offenbar nicht gedacht hätten". In Wirklichkeit ist der Wortlaut und Sinn der Vereinbarung klar, und auch in diesem Falle ist an sich ein Recht des Verpächters zur Ausweisung des Pächters entstanden. Der Verpächter darf es aber nicht ausüben, weil er dadurch gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Im Prozesse könnte der Pächter den Verstoß gegen Treu und Glauben durch die exceptio doli generalis rügen. Der Standpunkt Schneiders und auch Schollmeyers kann nicht als richtig angesehen werden, da nur eine weitere Auslegung des § 242 den Willen des Gesetzes trifft. Bei der Abfassung

13) Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Studien zum BGB. f. d. Deutsche Reich. 1897.

des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat der Gesetzgeber von der bisherigen Auffassung, die in der Pandektenwissenschaft und der bisherigen Praxis über die bona fides vertreten worden ist, nicht abweichen wollen (Wendt, a.a.O. S. 90). Das geht daraus hervor, daß er den Gedanken der bona fides in den mannigfachsten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum Ausdruck gebracht hat (einzelne Bestimmungen sind bereits früher angeführt worden). Aus den Einzelbestimmungen folgt aber nicht, arg. e contrario, daß darüber hinaus die bona fides im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Anwendung finden sollte. Auch aus § 226 folgt nicht, daß andere Beschränkungen der Rechtsausübung unzulässig seien. Eine gegenteilige Auffassung scheint Schneider zu vertreten (a.a.O. S. 12). Demgegenüber betont Wendt (a.a.O. S. 150) mit Recht, daß § 226 für das Recht der Schuldverhältnisse überflüssig sei, da er dort durch die allgemeinere, umfassendere Vorschrift des § 242 ausgeschlossen werde. Das Hauptanwendungsgebiet des § 226 sei das Gebiet des Sachenrechts[14]. Würde man den Ausschluß der weiteren Geltung von Treu und Glauben nach § 242 durch die Einzelbestimmungen annehmen, so hätte § 242 eine ganz minderwertige Bedeutung. Dies würde bestimmt nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Dieser war sich sicherlich darüber klar gewesen, daß es unmöglich sei, die Voraussetzungen der subjektiven Rechte so zu normieren, daß die Geltendmachung nicht doch im einzelnen Falle ein Verstoß gegen die guten Sitten enthielte (Wendt, a.a.O. S. 20), und daß die rein abstrakt gefaßten Normen des Gesetzes nur den Durchschnittsbedürfnissen genügen und nicht alle Besonderheiten des Einzelfalles ins Auge fassen könnten. Aus dieser Erwägung heraus hat der Gesetzgeber in das Bürgerliche Gesetzbuch die Vorschrift des § 242 eingesetzt, um dadurch gleichsam ein allgemeines „Sicherheitsventil" gegenüber den einzelnen Bestimmungen des gesetzten Rechtes zu schaffen (Wendt, a.a.O. S. 106). So erklärt sich auch die bereits schon mehrfach erwähnte Bemerkung über den jetzigen § 242 in den Protokollen (S. 240). Daß § 242 nach dem Willen des Gesetzgebers diese überragende Bedeutung haben sollte, geht auch daraus hervor, daß er ihn an die Spitze des Rechtes der

14) Vgl. auch Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen, 1. Bd. Allgem. Teil. 1899. 6. Abschn. I, S. 339; auch Meisner (Komm. z. Recht d. Schuldverhältnisse, S. 3 ff zu § 242) legt dem § 226 keine große praktische Bedeutung bei.

Schuldverhältnisse gestellt hat. Auch ist in diesem Zusammenhange noch zu erwähnen, daß § 242 in seiner freieren Auslegung als ein Parallelstück zu § 138 angesehen werden kann. § 138 erklärt nämlich ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, für nichtig, und setzt dadurch der im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkanntenVertragsfreiheit eine Grenze. Wenn der Gesetzgeber für den rechtsgeschäftlichen Verkehr von den Parteien die Beobachtung der guten Sitten fordert und die Eingehung von gegen dieses Rechtsprinzip verstoßenden Verpflichtungen verbietet, so bedeutet der Inhalt des § 242 in der hier vertretenen Auffassung nur eine Fortführung des in § 138 ausgesprochenen Gedankens. In § 242 gebietet der Gesetzgeber im Abschluß an § 138 die Ausübung der aus einem seinem ganzen Inhalt nach gültigen, also nicht gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte, entspringenden Rechte nach Treu und Glauben (vgl. Stammler, a.a.O. S. 49).

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich schon, daß bei der Ausübung nicht nur der aus den vertraglichen Vereinbarungen, sondern auch der aus den ergänzenden Bestimmungen des Gesetzes entspringenden Rechte der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 beobachtet werden muß. Es soll darüber aber noch einiges gesagt werden. Schollmeyer (nach Schneider, a.a.O. S. 57) sagt, daß Treu und Glauben zwar nicht durch Parteiabredung ausgeschlossen werden, aber der Anwendung eines ergänzenden Rechtssatzes nicht entgegentreten könne. Schneider (a.a.O. S. 91, 136) vertritt den Standpunkt, daß das gesetzte Recht, sowohl das von den Parteien wie von dem Gesetzgeber stammende, ein „rocher de bronze" sei und daher unantastbar sei, nur dort, wo von den Parteien oder auch vom Gesetzgeber eine Lücke gelassen sei, könne § 242 und damit richterliches Ermessen die Lücke ausfüllen (S. 132).[15] Das gesetzte Recht selbst könne mit Treu und Glauben nach § 157, nicht aber nach § 242, nur dort beiseite geschoben werden, wo angenommen werden müsse, daß nur das „Wort", nicht aber der „Verfügungswille" mehr vorhanden sei (S. 208). Dies kann doch aber allenfalls nur für die rechtsgeschäftlichen, nicht aber für die gesetzlichen Be-

15) Gleicher Ansicht nach Schneider, a.a.O., S. 68 auch Hachenburg: In Vorträge über das BGB. 2. Aufl. am Anfang.
16) Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 145.

stimmungen gelten. Einen anderen Standpunkt nehmen Danz[16] und Stammler[17] ein. Nach Danz verfolge § 242 die gleiche Tendenz wie § 138 und sei zwingender Natur. § 242 komme sowohl gegenüber den Bestimmungen der Parteien als auch gegenüber den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Anwendung, falls deren Anwendung im einzelnen konkreten Falle dem Prinzip von Treu und Glauben widersprechen würde. Die ergänzenden gesetzlichen Vorschriften seien nur für Durchschnittsfälle gegeben. Stammler ist der Auffassung, daß ein jeder ergänzende Satz des Gesetzes die kritische Nachprüfung zu bestehen habe, ob er in dem besonderen Falle, der gerade zur Entscheidung stehe, auch wirklich ein Ergebnis liefere, das mit Treu und Glauben vereinbar sei. Besonders scharf wendet sich Schneider (a a.O. S. 48) gegen die Lehre Stammlers vom „sozialen Ideal", er hält den Begriff „soziales Ideal" für überspannt. Was Stammler wolle, sei nach seiner Ansicht schon ein Gebot der Sittlichkeit, das Recht aber „auch das nach Treu und Glauben anzuerkennende, bleibe doch immer berechtigtes, in vernünftigen Grenzen gehaltenes Einzelinteresse, das nicht dem Rechte des anderen geopfert oder im Dienste der Allgemeinheit aufgegeben zu werden brauche. Jede Hereinziehung der Ethik in das Gebiet des rechtlichen Zwanges, und geschähe es auch nur, um Treu und Glauben näher zu bestimmen, sei eben nun einmal von Uebel." Mag nun Stammler mit seinem sozialen Ideal etwas über das Ziel hinausgeschossen haben, mag auch durch die Anerkennung von Treu und Glauben als einem über den rechtsgeschäftlichen und auch den ergänzenden gesetzlichen Bestimmungen stehenden Rechtsgrundsatz leicht die Grenze zwischen Recht und Sittlichkeit verwischt werden, so können dies immer noch keine Gründe zur Beschränkung des Anwendungsgebietes von Treu und Glauben nur auf die von den Parteien oder dem Gesetzgeber gelassenen Lücken oder auf die rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, wie dies Schollmeyer will, sein, wenn das Gesetz eine so weite Auslegung des § 242 will und dem Richter die Erfüllung einer so hohen Aufgabe zuweist. § 242 gilt anerkannt für alle Schuldverhältnisse, und der in ihm ausgesprochene oberste Grundsatz von Treu und Glauben muß daher auch für die ergänzenden ge-

17) Das Recht der Schuldverh. i. s. allgemeinen Studien z. BGB., S. 48.

setzlichen Vorschriften gelten, auch die daraus entspringenden Rechte dürfen nur im Rahmen von Treu und Glauben ausgeübt werden. Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung[18]. Zusammenfassen läßt sich das bisherige Ergebnis der Untersuchung dahin daß Treu und Glauben nach § 242 nicht nur die Ausübung der aus dem Vertrage sondern auch der aus dem Gesetze entspringenden Rechte beeinflussen könne, m. a. W. daß § 242 eine geeignete Grundlage für die im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich anerkannte exceptio und replica doli generalis bietet.

e) Die Bedeutung des § 826 BGB. für die exceptio und replica doli generalis.

Eine weitere Grundlage für die exceptio und replica doli generalis bietet die Vorschrift des § 826 BGB. Dort ist nämlich gesagt, daß sich schadensersatzpflichtig macht, wer einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. In dieser Vorschrift gibt der Gesetzgeber seinen Willen dahin kund, daß er von seinen einzelnen Mitbürgern außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs die Beachtung der guten Sitten verlange. Wenn die guten Sitten in § 826 (außerdem auch z. B. in §§ 138, 817) eine so weittragende Anerkennung gefunden haben, dann müssen sie auch dann als maßgeblich angesehen und an ihre Nichtbeobachtung bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden können, wenn gegen sie durch die Geltendmachung eines an sich begründeten Rechtes aus irgendwelchen Gründen verstoßen wird. Gegen die guten Sitten kann auch eine Handlung „trotz ihrer formalen Gesetzlichkeit verstoßen". (RG. 84,212.) M. a. W. man wird auf einen Verstoß gegen die guten Sitten im Prozesse auch die exceptio doli generalis, wenn durch die Ausübung eines formalen Rechtes, und die replica doli generalis, wenn durch die Geltendmachung eines Verteidigungsmittels gegen die guten Sitten verstoßen wird, stützen können. Mit § 826 begründet das Reichsgericht sehr oft seine Entscheidungen, die es auf die exceptio oder replica doli generalis stützt (vgl. z. B. RG. 86 195). Das Reichsgericht führt dabei aus, daß derjenige, der durch die Geltendmachung

18) RG. Bd. 76, S. 150 ff; 85, 118; 86, 194 ff; 71, 435 ff; RG. im Recht 1918, Nr. 1499; und RG. 92, 210 ff.

eines an sich formell begründeten Rechtes gegen die guten Sitten verstoße, nach § 249 verpflichtet sei, dem anderen den durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Schaden zu ersetzen, d. h. also, er dürfe das Recht nicht ausüben. Das gleiche soll auch für den Fall, wo der Beklagte sich in dieser Weise auf eine Einrede berufe, gelten, in diesem Falle könne der Kläger der Verteidigung des Beklagten die replica doli generalis entgegenhalten, deren Zulässigkeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch das Reichsgericht ausdrücklich ausspricht.[19] Das Reichsgericht hat außerdem in manchen Entscheidungen die Frage aufgeworfen, ob überhaupt zur Begründung der exceptio und replica doli generalis ein Verstoß gegen Treu und Glauben genüge, oder ob vielmehr ein Verstoß gegen die guten Sitten dazu erforderlich sei (vgl. RG. Bd. 71, S. 435 ff.); es hat aber die Frage unentschieden gelassen, da in den von ihm behandelten Fällen ein Verstoß sowohl gegen Treu und Glauben wie gegen die guten Sitten zu finden war. Man wird diese Frage ebenso zu entscheiden haben, wie es der Reichsgerichtsräte-Kommentar[20] getan hat. Er sagt nämlich, daß innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses zur Begründung der exceptio und replica doli generalis der Nachweis des Verstoßes gegen Treu und Glauben, außerhalb eines Schuldverhältnisses ein solcher gegen die guten Sitten erforderlich sei. Im übrigen ist noch zu sagen, daß die Begründung der exceptio und replica doli generalis vom Reichsgericht und auch den anderen Verfassern nicht allein aus den §§ 242, 826 hergeleitet wird, sondern daß außerdem noch die §§ 133, 157, 226 herangezogen werden und aus ihrem Zusammenhange auf die Fortgeltung der gemeinrechtlichen exceptio und replica doli generalis geschlossen wird.[21]

19) RG. 84, 136; 107, 363.

20) RGRKomm. 7. Aufl. § 826, Bem. 6, S. 587.

21) Crome, System d. deutsch. bürgerl. Rechts, 1. Bd. 1900, S. 186—188; Danz, a.a.O., S. 145; Enneccerus, a.a.O., S. 587. Kuhlenbeck, Das BGB. f. d. Deutsche Reich, 2. Aufl. 1. Bd. 1903, § 242, Anm. 1, S. 198. Matthias, Lehrb. d. bürg. Rechts, 3. Aufl. S. 293; Meisner, Komm. z. Recht d. Schuldverh. S. 3 ff zu § 242; Planck, Komm. z. BGB. 2. Bd. 1. Teil, 4. Aufl. § 242, 3 c; S. 44, 45. RGRKomm. a.a.O. S. 587, Rehbein, aa.O., S. 339; Staudinger, Komm. z. BGB. 2. Bd., 1. Teil, 9. Aufl. § 242, III, 2, S. 34; Soergel, Komm. z. BGB. 4. Aufl. § 826, B, 2 f, S. 1289; Weyl, System der Verschuldensbegriffe. 1905, S. 465 u. a.

f) Die hauptsächlichsten Anwendungsfälle der exceptio und replica doli generalis.

Ganz allgemein läßt sich bezüglich der Fälle, wo die exceptio und replica doli generalis in Frage kommen, sagen, daß sie ein früheres Verhalten des Gegners voraussetzen, mit dem sein Austreten im Rechtsstreite in einem Treu und Glauben oder die guten Sitten verletzenden Widerspruch steht (Soergel, a.a.O. S. 1289; vgl. auch RG. in JW. 1910, S. 63). Diese Rechtsbehelfe kommen z. B. dann in Betracht, wenn der Gläubiger aus seinem eigenen vertragswidrigen Verhalten Nutzen ziehen will (RG. in JW. 1913, S. 129 ff.; Planck, a.a.O. S. 45), oder wenn jemand aus seinem eigenen Verschulden zum Nachteil eines anderen einen Vorteil herleiten will (RG. Bd. 58, S. 406), oder eine von ihm selbst in rechtsungültiger Weise vorgenommene Handlung zu seinem eigenen Vorteile ausnutzen will (RG. Bd. 107, 181). Es gehören auch die Fälle hierher, wo jemand etwas einklagt, was er bald wieder zurückgeben muß (RGRKomm. § 242 Bem. 4; vgl. im übrigen auch Staudinger, Bd. 1, 9. Aufl. § 157 Bem. 7). Ganz fest bestimmte allgemeingültige Grundsätze lassen sich für die exceptio und replica doli generalis überhaupt nicht aufstellen, es kommt, wie das Reichsgericht immer wieder betont (vgl. die S. 22 angeführten Entscheidungen), dabei auf die Umstände des einzelnen Falles an.

II. Die exceptio und replica doli specialis.

Während zur Begründung der exceptia doli generalis ein Tatbestand, der sich rein objektiv betrachtet als ein Verstoß gegen Treu und Glauben oder gegen die guten Sitten darstellt, ausreicht, ist zur Begründung der exceptio und replica doli specialis außer dem objektiven noch ein subjektives Moment erforderlich.[22] Die in Frage stehende Handlung muß mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorgenommen sein. Ein weiterer Unterschied besteht darin, daß die Arglist bei dem Erwerbe des Anspruchs oder des Verteidigungsmittels gegeben sein muß. Die exceptio und replica doli specialis ist immer dann gegeben, wenn ein Anspruch oder ein Verteidi-

22) Vgl. Planck, a.a.O., S. 45, Weyl, a.a.O., S. 465 ff.

gungsmittel durch Betrug oder arglistige Täuschung erlangt worden ist. Der Kläger, der die Verpflichtung des Beklagten arglistig herbeigeführt hat, hat zwar einen Anspruch, der Beklagte hat aber einen Gegenanspruch auf Schadensersatz (Römer, a.a.O. S. 48). Von der exceptio doli specialis sagt Wendt (a.a.O. S. 12), daß sie eines besonderen Beweises nicht bedürfe und also ohne allen Zweifel auch im Bürgerlichen Gesetzbuch gelte. Einen Fall der exceptio doli specialis enthält § 853 BGB. Nach dieser Vorschrift kann nämlich der Verletzte, wenn jemand gegen ihn durch eine unerlaubte Handlung eine Forderung erlangt hat, die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist. Die exceptio doli specialis ist aber nicht auf diese Fälle beschränkt, sondern sie kommt überall dort in Frage, wo der Anspruch oder ein gegen einen an sich begründeten Anspruch gerichtetes Gegenrecht durch strafrechtlichen Betrug oder vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erlangt worden ist (§§ 853, 823 Abs. 2, 826 BGB.).[23] Anwendbar ist sie auch in den Fällen der arglistigen Täuschung nach § 123 BGB., wenn die Anfechtung infolge Ablaufs der Anfechtungsfrist unzulässig geworden ist. (Wendt, a.a.O. S. 16). In diesen Fällen steht sie zu der Anfechtung mit dinglicher Wirkung in völlig freier Konkurrenz, ebenso wie der persönliche Wiederherstellunganspruch aus unerlaubter Handlung zu den Anfechtungsansprüchen mit dinglicher Wirkung. Dieser letztere persönliche Anspruch kann auch im Wege der Einrede der Arglist gegenüber der Feststellungsklage erhoben werden.[24] Auch Staudinger-Riezler[25] will den zuletzt genannten Fall der Einrede in Erinnerung an die gemeinrechtliche Terminologie mit exceptio doli specialis bezeichnen. Neben Anderen ist auch für die Zulässigkeit der exceptio und replica doli specialis Planck[26] und Oertmann[27]

Abschließend ist zu dem Kapitel über die exceptio doli generalis und specialis zu bemerken, daß in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung ein scharfer Unterschied zwischen der exceptio doli generalis und der exceptio doli

23) Enneccerus, a.a.O., § 208, III, 1, S. 587.
24) RG. im Recht, 1924, Nr. 786, S. 173.
25) Bd. 1, § 123, VIII, S. 515.
26) a.a.O. unter § 242. S. 44; nach seiner Ansicht behandle das RG. in Bd. 58, S. 356 einen Fall der exceptio doli specialis, das dort § 826 i. Verb. mit § 249 anwendet.
27) a.a.O. S. 709.

specialis nicht gemacht wird, sondern daß überall dort, wo die Voraussetzungen dieser Rechtsbehelfe für gegeben erachtet werden, ganz gleich, ob die Arglist schon in dem Erwerbe oder erst in der Geltendmachung des Anspruchs oder des Verteidigungsmittels zu erblicken ist, einfach allgemein von exceptio und replica doli gesprochen wird.

§ 6.

Die allgemeinen Voraussetzungen der replica doli specialis können gegenüber der exceptio plurium gegeben sein.

Entscheiden wir nun die Frage, ob gegenüber der exceptio plurium die allgemeinen Voraussetzungen der replica doli gegeben sein können, und gegebenenfalls die weitere Frage, welche von den beiden Arten der replica doli gegenüber der exceptio plurium in Frage kommt. In allen Fällen, wo bei der exceptio plurium die Frage der exceptio doli auftaucht, hat der, der neben dem als Vater des Kindes Verklagten noch mit der Kindesmutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit Geschlechtsverkehr gehabt hat, den Geschlechtsverkehr mit der Kindesmutter nur auf Veranlassung des Beklagten und im bewußten Zusammenwirken mit diesem herbeigeführt. Dies einzig und allein aus dem Grunde, um dem Beklagten für einen etwaigen späteren Unterhaltsprozeß die Voraussetzungen der exceptio plurium zu verschaffen. Die Kindesmutter ist in solchen Fällen von dem Zweitbeiwohner entweder auf besonders geschickte Weise oder durch Täuschung über die Person des Beischlafvollziehenden zum Geschlechtsverkehr verleitet worden, oder sie ist von ihm in bewußtem oder gewolltem Zusammenwirken mit dem Beklagten im bewußtlosen Zustande zum Beischlaf mißbraucht worden. In allen derartigen Fällen, wo der Beklagte die Voraussetzungen der exceptio plurium auf die vorgeschilderte Weise erworben hat, wäre, wenn es sich um einen rein schuldrechtlichen Anspruch handeln würde, und die exceptio plurium eine Einrede im technischen Sinne wäre, nach den voraufgegangenen Erörterungen über die exceptio und replica doli die replica doli gegenüber der exceptio plurium ohne weiteres begründet; denn ihre allgemeinen Voraussetzungen lägen in solchen Fällen vor. Außerhalb eines Schuldver-

hältnisses bestimmen sich die Voraussetzungen der replica doli danach, ob der Beklagte durch sein Verhalten vor dem oder in dem Prozesse gegen die guten Sitten verstoßen hat. Ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt zweifellos in einem solchen Verhalten des Beklagten vor. Ebenso hat der Beklagte unter solchen Umständen den Verstoß gegen die guten Sitten vorsätzlich herbeigeführt. Damit sind alle Voraussetzungen der replica doli und zwar der replica doli specialis vorhanden, der replica doli specialis deswegen, weil die Arglist bei dem Erwerbe der exceptio plurium eine Rolle gespielt hat. Bei gewöhnlichen schuldrechtlichen Verhältnissen wäre also unter solchen Umständen die replica doli specialis begründet. Die Folge wäre die, daß der Beklagte nach § 249 Schadensersatz leisten müßte, d. h. er dürfte sich auf die exceptio plurium nicht berufen. Wenn trotz des Gegebenseins der allgemeinen Voraussetzungen die Zulässigkeit der replica doli gegenüber der exceptio plurium noch immer fraglich erscheint, so können die Schwierigkeiten nur in der Eigenart der exceptio plurium und in dem den außerehelichen Unterhaltsanspruch stützenden Rechtsgrunde liegen. Auf diese beiden Gegenstände müssen sich die nun folgenden Ausführungen beziehen. Vorerst soll noch eine geschichtliche Entwicklung des außerehelichen Unterhaltsanspruchs gegeben werden weil deren Vorwegnehmen wegen der dann folgenden Erörterungen zweckmäßig erscheint.

2. Teil:

Die exceptio plurium.

§ 7.

Geschichte des außerehelichen Unterhaltsanspruchs.

Das ältere römische Recht teilte zwar die unehelichen Kinder in verschiedene Gruppen ein, so z. B. in die liberi illegitimi ex damnato coitu (die in Ehebruch oder in Blutschande gezeugten Kinder), die liberi naturales (Konkubinenkinder) usw., aber bezüglich des Unterhaltsanspruchs behandelte es alle gleich, es versagte ihn allen. Dieser Standpunkt des römischen Rechts erklärt sich aus dem Aufbau der römischen Familie, bei der das Prinzip der agnatio galt, und daraus,

daß ein Unterhaltsanspruch sich nur auf den Rechtsgrund der Verwandtschaft stützen konnte. Die unehelichen Kinder galten aber mit ihrem außerehelichen Erzeuger als nicht verwandt, sie waren „liberi sine patre“[1]. Deshalb hatten sie auch keinen Unterhaltsanspruch. Das jüngere römische Recht brachte insofern eine Aenderung, als es für einen Teil der unehelichen Kinder, die Konkubinenkinder, durch die Novelle 89 Kap. 12, § 6 einen Unterhaltsanspruch einführte. Damit änderte es seinen grundsätzlich ablehnenden Standpunkt in der Frage der Unterhaltspflicht der unehelichen Kinder nicht; denn es billigte den Konkubinenkindern nur deswegen einen Unterhaltsanspruch zu, weil es das Konkubinat als ein ehe-ähnliches Verhältnis ansah und deshalb darauf die für eheliche Kinder bezüglich der Unterhaltsfrage geltenden Bestimmungen ausdehnte[2]. Einen allgemeinen Unterhaltsanspruch der unehelichen Kinder hat somit auch das jüngere römische Recht nicht anerkannt. Den gleichen Standpunkt wie das römische Recht nahm auch das kanonische in dieser Beziehung ein.[3] Zu Unrecht hat man seit der Zeit der Glossatoren aus dem viel umstrittenen Kap. 5, X de eo qui duxit (4.7) für das kanonische Recht eine allgemeine Alimentationspflicht abzuleiten versucht. (Weidlich, a.a.O. S. 27; Pilet, a.a.O. S. 10.)

Im Gegensatz zum römischen und kanonischen Rechte hatten die unehelichen Kinder in den Deutschen Volksrechten eine durchaus erträgliche Stellung, da sich die deutsche Familie nicht wie die römische auf dem Prinzip der agnatio, sondern dem der cognatio, der Blutsverwandtschaft, aufbaute (Pilet, a.a.O. S. 12). Im allgemeinen enthielten die Volksrechte keine direkten Bestimmungen über das Unterhaltsrecht des unehelichen Kindes (Buegner, a.a.O. S. 67). Aber das langobardische Recht befaßte sich ziemlich eingehend mit den unehelichen Kindern. So gab es ihnen, wenn sie nicht gerade liberi ex damnato coiti waren, unter anderem ein weitgehendes Erbrecht, ein Anrecht auf einen Teil des Wergeldes, mithin müssen sie auch einen Unterhaltsanspruch gehabt haben (vgl. Buegner, a.a.O. S. 67; Weidlich a.a.O. S. 29), Des-

1) Spangenberg, im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 1, S. 83 ff.
2) Pilet, Der Rechtsgrund der Alimentationsverbindlichkeit des außerehelichen Vaters m. bes. Berücks. d. exceptio plurium, Inaug. Diss. 1900, S. 9.
3) Weidlich, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 21, S. 26; Buegner, Zur Theorie u. Praxis d. Aliment.-Pflicht, 1879, S. 64; Spangenberg, a.a.O.

gleichen hatten sie auch nach der lex Bajuvariorum eine erträgliche Stellung und sicherlich auch einen Unterhaltsanspruch gegen ihren Erzeuger (Buegner, a.a.O. S. 68; Pilet, a.a.O. S. 12). Allmählich aber verschlechterte sich die Stellung der unehelichen Kinder unter dem deutschen Rechte. Zur Zeit der deutschen Rechtsbücher waren sie recht- und sipplos, sie gehörten nicht einmal zur Familie der Mutter. Beide Rechtsbücher (Sachsenspiegel I, Art. 38, § 1 nach Leske, a.a.O. § 217, I, S. 894) enthielten übereinstimmend den Satz: „unde alle die unecht geboren sin, sind alle rechtlos". Wegen ihrer Familienlosigkeit hatten sie kein Erbrecht, kein Wergeld gehörten keinem Stande an und konnten auch nicht Mitglied von Zünften werden.[4] Nur vereinzelte Stadtrechte, so das Augsburger Stadtrecht von 1276, das Stadt- und Landrechtsbuch Rupprechts von Freysing von 1328 (2. Buch, Kap 84) und das Freiburger Stadtrecht von 1520 nahmen einen anderen, für die unehelichen Kinder günstigeren Standpunkt ein. Erst in der Rezeptionszeit änderte sich die bisherige ungünstige Stellung der unehelichen Kinder. Durch die Rezeption des römischen Rechts fand auch die Stelle des Corpus iuris in das deutsche Recht Eingang die den Konkubinenkindern einen Unterhaltsanspruch gewährte (Nov. 89, Kap. 12, § 6). In Anlehnung an diese Stelle gewährte man allen unehelichen Kindern einen Unterhaltsanspruch mit Ausnahme der liberi ex damnato coitu. Später verschwand auch diese Beschränkung noch, und im 16. Jahrhundert gestand Doktrin und Praxis allen unehelichen Kindern einen Unterhaltsanspruch zu, woraus sich schließlich ein Gewohnheitsrecht ausbildete.[5] Dieser Standpunkt ist fast in sämtlichen Partikularrechten vertreten mit Ausnahme der Landesteile, in denen der Code Civil galt. Nach preußischem Landrecht (Teil II, Titel 2, § 612) hatte das uneheliche Kind gegen seinen unehelichen Erzeuger Anspruch auf Unterhalt und Erziehung Ebenso hatte es nach dem Bayrischen Landrecht, dem Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 und dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch einen solchen Anspruch. Nur der Code Civil enthielt in Art. 340 folgende Bestimmung: „la

4) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts, § 206, 1, Anm. 6, S. 884.

5) Leske, Vergl.Darst. des Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich u. d. preußische Allgemeine Landrecht, 1. u. 2. Aufl. 2. Bd., § 217, I, S. 894; Buegner, a.a.O., S. 71; Spangenberg, a.a.O., S. 85; Heerwart, i. Arch. ziv. Prax. Bd. 14, S. 435; Pilet, a.a.O. S. 14.

recherche de la paternité est interdite". Eine Ausnahme von diesem Satze galt nur im Falle der Entführung und der Vergewaltigung der Kindesmutter und der freiwilligen Anerkennung des Kindes durch den Vater.

§ 8.

Die über den Rechtsgrund des außerehelichen Unterhaltsanspruchs im gemeinen Rechte aufgestellten Theorien.

a) Theorien.

Obwohl bereits früher ein Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes anerkannt war, begann der Streit über den Rechtsgrund des außerehelichen Unterhaltsanspruchs erst im 18. Jahrhundert mit dem Aufkommen der Deliktstheorie (Weidlich, a.a.O. S. 37). Vorher erblickte man den Rechtsgrund der Alimentationspflicht in einer „auf Naturrecht beruhenden Rechtspflicht".[1] Dieser Rechtssatz, der ursprünglich nur für die ehelichen Kinder galt, ist von den Glossatoren und den späteren italienischen Juristen auch für die unehelichen Kinder für anwendbar erklärt worden. Diese Lehre übernahmen auch die deutschen Juristen. (So nach Weidlich, a.a.O. S. 36; Samuel Stryk.) Seit dem Auftreten der Deliktstheorie kämpften hauptsächlich zwei Theorien um den Rechtsgrund der außerehelichen Unterhaltspflicht: die Vaterschafts- und die Deliktstheorie. Außer diesen beiden Haupttheorien sind noch verschiedene andere Ansichten vertreten worden, die sich aber alle bald mehr an die eine, bald mehr an die andere der Haupttheorien anlehnen.

Die Deliktstheorie[2] erblickt in dem außerehelichen Beischlaf eine unerlaubte Handlung, kein Delikt sei zwar nach ihr die Erzeugung des Kindes, aber der Beischlaf mit der Mutter. Der außereheliche Beiwohner begehe durch die Vollziehung des Beischlafs eine unerlaubte Handlung, er müsse

1) Ueberhaupt forschten die wenigsten Rechtsgelehrten nach dem Rechtsgrunde der Unterhaltspflicht. Bald führte man die aequitas, bald das ius naturale, bald die ratio sanguinis an. (Busch, i. Arch. ziv. Prax. Bd. 23, S. 219.

2) Duntze, Im Arch. ziv. Prax. Bd. 12, S. 130. Puchta, Lehrb. d. Pandekten, S. 485; eine Entscheidung des O.A.G. Lübeck von 1870, (Seuff. Arch. Bd. 27, Nr. 261, S. 432) nennt als Fundament der außerehelichen Schwängerung die Verführung, also ein Delikt. Vgl. auch Pilet, a.a.O., S. 17 ff und Weidlich, a.a.O., S. 37 u. a. der dort angeführten Vertr. d. Deliktstheorie.

3) Windscheid, Pandekten, 2. Bd. § 475, Anm. 18, 19. Er nimmt Haftung des außerehelichen Erzeugers „wenn nicht ex delicto, so doch quasi ex delicto an"; vgl. auch Mot. IV, § 1571, S. 864.

deshalb, weil ihn ein Verschulden treffe, die daraus entstehenden Folgen tragen, d. h. er müsse das ins Leben gerufene Kind unterhalten. Als Begründung der Deliktstheorie ist auch noch die Tatsache angeführt worden, daß früher der außereheliche Beischlaf durch die Reichspolizeiordnungen von 1530, 1548 und 1577 unter Strafe verboten gewesen sei. Deshalb müsse der außereheliche Beischlaf eine unerlaubte Handlung sein. Als bloße Abarten der Deliktstheorie können die Theorien angesehen werden, die den Rechtsgrund in der Tatsache des Beischlafes (vgl. z. B. Seuff. Arch. Bd. 12, Nr. 162) oder in der möglichen Vaterschaft[3], einem bloß möglichen und nicht wirklichen Verpflichtungsgrunde (Buegner, a.a.O. S. 73), erblicken.

Nach der Vaterschaftstheorie[4] soll der uneheliche Vater nicht deswegen zum Unterhalte des Kindes verpflichtet sein, weil er durch den außerehelichen Beischlaf ein Delikt begangen habe, sondern weil er durch den Beischlaf die Ursache für die Erzeugung des Kindes, damit die Grundlage für eine später zwischen dem Erzeuger und dem geborenen Kinde entstehende persönliche Beziehung, die Vaterschaft, gesetzt habe. In der seit der Geburt des Kindes zwischen diesem und dem Erzeuger bestehenden persönlichen Beziehung, der natürlichen Verwandtschaft, erblickt also die Vaterschaftstheorie den Rechtsgrund. Verpflichtet soll sein nicht der Beiwohner, sondern der wirkliche Vater des Kindes. Eine andere Theorie, die sich in ihren Grundzügen der Vaterschaftstheorie unterordnen läßt, sieht den Rechtsgrund der außerehelichen Unterhaltspflicht allein in der Tatsache der Erzeugung und nicht in einer dadurch vermittelten dauernden Lebensbeziehung zwischen Vater und Kind. Nach von Schröter[5] gehe der Erzeuger eines unehelichen Kindes durch die Tatsache der Erzeugung eine wahre mit keiner weiteren persönlichen Beziehung zu dem Kinde rechtlich verbundene selbständige Verpflichtung auf Alimentation ein. Dieses Verhältnis bleibe ein rein tatsächliches, sei keine Verwandtschaft; diese sei keineswegs ein faktisches, sondern ein wesentlich rechtliches Verhältnis. Sie beruhe nicht allein auf der durch Zeugung begründeten Blutsgemeinschaft verschiedener Per-

4) Heerwart, a.a.O., S. 435; Meyer, in Gruch. Beitr. Bd. 34, S. 605—655. Buegner, a.a.O., S. 94.
5) In d. Ztschr. f. Zivilrecht u. Prozeß, Bd. V, S. 303 ff.

sonen, sondern sie erhalte ihren wahren Charakter erst mit der Anerkennung durch das Recht". Ebenso sagt auch Busch[6], daß, weil weder Delikt noch Verwandtschaft der Unterhaltspflicht zugrunde läge, die Tatsache der Erzeugung maßgebend sein müsse.

b) Kritik dieser Theorien.

Gegen die Deliktstheorie sind mit Recht die mannigfachsten Bedenken geltend gemacht worden. Kein durchschlagender Beweis für sie ist die Tatsache, daß im Mittelalter der Beischlaf unter öffentliche Strafe gestellt worden war; denn einmal ist zu berücksichtigen, daß sich die Strafe nicht allein gegen den Mann, sondern auch gegen die Frau richtete, und dann ist auch jeder Beischlaf ohne Ausnahme, ganz gleich, ob er eine Zeugung zur Folge hatte oder nicht, bestraft worden. Die Strafe richtete sich demnach nicht gegen die Zeugung, sondern gegen den Beischlaf. Ferner ist noch anzuführen, daß sich das Delikt gegen das noch nicht geborene Kind, also gegen eine Person, die rechtlich noch nicht vorhanden ist, richten müßte. Eine Person, die überhaupt noch nicht existiert, kann aber nicht verletzt werden[7]. Die Verletzung müßte auch durch einen Akt erfolgen, dem das Kind möglicherweise sein Dasein verdankt. Die Deliktstheorie steht auch im Widerspruch mit der historischen Entwicklung, da vor dem Auftreten der Deliktstheorie der Rechtsgrund der außerehelichen Alimentationspflicht, wie dies bereits schon dargelegt worden ist, in einer auf Naturrecht beruhenden Rechtspflicht und nicht in einem Delikte erblickt worden ist. Auch das römische Recht hat den Konkubinenkindern in der Nov. 89 den Unterhaltsanspruch nur aus Gründen der „humanitas und equitas" gewährt (Pilet, a.a.O. S. 17 ff.). Die Deliktstheorie und die ihr verwandten Theorien sind daher mit Recht von den meisten Vertretern der Wissenschaft bekämpft und abgelehnt worden. Sie kann für die heutige Zeit als überwunden gelten. Auch die Theorie der Tatsache der Erzeugung ist abzulehnen. Diese wendet sich hauptsächlich gegen die Annahme der Vaterschaftstheorie, daß der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes auf der zwischen dem Vater und dem Kinde auf die Zeugung sich gründenden Verwandtschaft be-

6) a.a.O., S. 234.
7) Heerwart, a.a.O., S. 437.

ruhe. Mit Recht sagt demgegenüber Weidlich, a.a.O. S. 39, daß für den Begriff der Verwandtschaft nicht die aus ihr gezogenen Folgen oder die im Gesetze ausgesprochene Einschränkung des Begriffs (wie in § 1589 Abs. 2 BGB.) wesentlich seien, sondern, daß einzig und allein die Voraussetzung desselben maßgebend sei, die Zeugung, eine Voraussetzung, die im Falle der ehelichen und der außerehelichen Geburt die gleiche sei, nur mit dem Unterschiede, daß das Gesetz im ersten Falle ganz andere Folgen an sich knüpfe als im letzten Falle. Auch Keller, Pandekten, S. 783, (nach Weidlich, a.a.O. S. 38) verwirft die Theorie der Tatsache der Erzeugung mit den treffenden Worten: „als ob man durch die Erzeugung nicht eben Vater und also verwandt würde". Die Theorie der Tatsache der Erzeugung bestreitet trotz ihrer Grundlage der Erzeugung das Bestehen einer Verwandtschaft zwischen dem Vater und dem Kinde; sie ist deshalb aus den angeführten Gründen abzulehnen; denn nicht in der abgeschlossenen Tatsache der Erzeugung, sondern in dem bestehenden und fortdauernden persönlichen Verhältnis zwischen dem unehelichen Erzeuger und dem Kinde liegt der Grund der Haftung[8]. Daher kommt als Rechtsgrund des Unterhaltsanspruchs nur die Vaterschaftstheorie in Frage.

§ 9.

Verhältnis der exceptio plurium zu den Theorien des Rechtsgrundes.

Die exceptio plurium kommt für die Deliktstheorie und die Theorie, die den Rechtsgrund in der Tatsache des Beischlafes oder in der möglichen Vaterschaft erblicken, nicht in Frage. Bei diesen Theorien ist ein Mehrverkehr auf den Bestand des Unterhaltsanspruchs ohne Einfluß. Faßt man den außerehelichen Beischlaf als eine unerlaubte Handlung auf, so begeht auch der Zweitbewohner ein Delikt. Auch er muß, weil auch ihn ein Verschulden trifft, ebenso wie der erste nach Deliktsgrundsätzen haften, niemals kann er aber nach der Deliktstheorie durch seine Beiwohnung den ersten Beiwohner befreien. Zu demselben Ergebnis gelangen die beiden anderen angeführten Theorien, die als Unterarten der Deliktstheorie bezeichnet werden können. Anders steht es

8) Natter, Uneheliche Vaterschaft, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 95, S. 124, 125.

mit der Zulässigkeit der exceptio plurium bei den Theorien, die den wirklichen Erzeuger oder Vater für den Unterhalt des Kindes haftbar machen wollen, der Vaterschaftstheorie und der Theorie der Tatsache der Erzeugung. Bei diesen Theorien muß ein Mehrverkehr beachtet werden, da dann, wenn ein solcher nachgewiesen wird, sofort der Rechtsgrund, die wirkliche Vater- oder Erzeugerschaft, ungewiß wird. Das Kind kann dann möglicherweise auch von dem zweiten Beiwohner abstammen. In solchen Fällen steht die Vaterschaft nicht mehr fest, da jeder von den beiden Beiwohnern der Vater des Kindes sein kann.

§ 10.

Geschichte der exceptio plurium.

Bevor wir auf den Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu der Frage des Rechtsgrundes und der exceptio plurium eingehen, wollen wir kurz noch einen Blick auf die Geschichte der exceptio plurium werfen. Die exceptio plurium kommt nach den früheren Ausführungen über die Geschichte des außerehelichen Unterhaltsanspruchs für das römische und kanonische Recht nicht in Frage. Man findet sie erst bei den späteren italienischen Juristen behandelt (Weidlich, a.a.O. S. 27). War nämlich die Mutter keine öffentliche Konkubine des als Vater in Anspruch genommenen Beklagten gewesen, so mußte sie selbst den Nachweis der Vaterschaft führen, der Beklagte konnte aber Mehrverkehr einwenden, also die exceptio plurium geltend machen (so nach Weidlich, a.a.O. S. 28, Alciat und Tessaurus). Hatte der Beklagte die Kindesmutter als „concubina publice in domo retenta" gehabt, dann galt die in Inst. II, 4, § 5 de in ius vocando ursprünglich nur für eheliche Kinder aufgestellte Vermutung: „Pater est, quem nuptiae demonstrant" auch für die Konkubinenkinder[1]. In Deutschland hat die exceptio plurium erst später Eingang gefunden. Im Stadt- und Landrechtsbuch Rupprechts von Freysing von 1328 ist sie bereits enthalten. Auch Carpzow und Brunnemann treten nach Weidlich, a.a.O. S. 31, für die exceptio plurium ein. Ebenso Samuel Stryk und Samuel von Cocceji (vgl. Weidlich, a.a.O. S. 36). Sie führen aber die

1) So nach Weidlich, a.a.O., S. 27; Alexander Torganus de Imola Consilia V, 157, § 2.

exceptio plurium nicht consequent durch, sondern bestimmen vorläufige Alimentation oder Haftung der Beiwohner nach Kopfteilen. Zur Zeit vor der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestand über die exceptio plurium keine Einstimmigkeit. Das preußische Allgemeine Landrecht verneinte sie und bestimmte solidarische Haftung der mehreren Beiwohner (Teil II, Titel 2, § 619, 620). Dieser Standpunkt ist in dem Gesetze vom 24. April 1854 (Schwängerungsgesetze) aufgegeben und dort die exceptio plurium zugelassen (§§ 9—13 dieses Gesetzes). Ebenso ist sie zulässig nach dem württembergischen Gesetze vom 5. September 1839, ihre Folge ist dort ebenso wie im preußischen Rechte die Abweisung der Alimentenklage. Ausgeschlossen ist die exceptio plurium nach dem Oesterreichischen Zivilgesetzbuch und dem Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch. Wenn auch die exceptio plurium von zahlreichen Vertretern der Wissenschaft schon vor der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs anerkannt gewesen ist, so ist sie nur in den seltensten Fällen ganz konsequent durchgeführt worden. So bestimmen manche trotz vorliegenden Mehrverkehrs vorläufige Alimentation wie Brunnemann und Stryk, andere Haftung der mehreren Beiwohner nach Kopfteilen, wieder andere ließen die exceptio plurium nur dann durchgreifen, wenn die Mutter aus ihrem eigenen Vermögen den Unterhalt nicht bestreiten konnte (vgl. hierzu Buegner, a.a.O. S. 113).

§ 11.

Standpunkt des BGB. zum Rechtsgrund des außerehelichen Unterhaltsanspruchs und zur exceptio plurium.

Das Bürgerliche Gesetzbuch vertritt den Standpunkt der Vaterschaftstheorie. Dies geht klar und deutlich aus § 1717 Abs. 1 Satz 1 BGB. hervor, wo gesagt ist, daß als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708 bis 1716 gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht auch hervor, daß der wirkliche und nicht der bloß mögliche Vater Subjekt des Unterhaltsanspruchs und des der Mutter nach § 1715 BGB. zustehenden Anspruchs sein solle. Das Bürgerliche Gesetzbuch erkennt auch von seinem Standpunkt aus folgerichtig die Geltung der exceptio plurium an. Bei der zweiten

Lesung bestritt die Minderheit, daß der Entwurf auf dem Standpunkte der Vaterschaftstheorie stehe, „da er sonst in keiner anderen Beziehung ein Familienverhältnis zwischen dem Schwängerer und dem unehelichen Kinde anerkenne. Seine Unterhaltspflicht lasse sich nur als obligatio ex lege charakterisieren" (Prot. IV, S 675). Anscheinend wollte man den Unterhaltsanspruch überhaupt auf keine bestimmte Grundlage stellen. Demgegenüber betonen die Motive, Bd. IV, S. 874, mit Recht, man müsse die rechtliche Natur der Unterhaltspflicht klarstellen, „um einen Anhalt für alle die Fragen zu geben, welche der gesetzlichen Entscheidung sich entziehen oder aus sonstigen Gründen eine Entscheidung im Gesetze nicht finden". Die Mehrheit des Reichstages folgte auch der Anregung der Motive und teilte nicht die Ansicht der Minderheit. Sie bestimmte als Grundlage die tatsächliche Vaterschaft. Das „tatsächlich vorhandene Verwandtschaftsverhältnis", so heißt es in den Protokollen, Bd. IV, S. 674, „werde in diesem einen Punkte beachtet und zur Grundlage einer Rechtspflicht erhoben. Aus demselben Grunde setzte man auch bewußt den Ausdruck „Vater" in die Bestimmungen der §§ 1708 ff. ein, um so auch schon rein äußerlich den Rechtsgrund der tatsächlichen Abstammung erkennbar zu machen. Dies führen auch die Motive Bd. IV, S. 874, an. Weiter wollte man auch durch den Ausdruck „Vater" andeuten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Standpunkt der Vaterschaftstheorie und nicht den der Tatsache der Erzeugung, die in verschiedenen Beziehungen zu einem anderen Ergebnisse führe, teile.

§ 12.

Rechtliche Natur der exceptio plurium.

Von Bedeutung für die Frage, ob gegenüber der exceptio plurium die replica doli zulässig sein kann, ist neben der Erörterung des Rechtsgrundes der außerehelichen Unterhaltspflicht auch die Klarstellung der rechtlichen Natur der exceptio plurium von Bedeutung, insbesondere die Frage, ob die exceptio plurium eine Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist. Unter Einrede versteht das Bürgerliche Gesetzbuch das Recht, die geschuldete Leistung zu verweigern, sei es überhaupt, sei es in der vom Anspruchsberechtigten

verlangten Weise[1]. Die Einrede ist also ein Leistungsverweigerungsrecht. Sie ist nichts Selbständiges, sondern setzt ein Recht, einen Anspruch, voraus, gegen dessen Geltendmachung sie sich wendet, sie ist also ein Gegenrecht. Wo kein Anspruch vorhanden ist, ist für eine Einrede kein Raum. Die Motive, Bd. I, S. 359, bestimmen den Begriff der Einrede folgendermaßen: „Die Einrede ist ein solches Gegenrecht, das dem Schuldner das Recht gibt, die Erfüllung eines rechtsgültig bestehenden Anspruchs zu verweigern, ohne den Anspruch selbst aufzuheben". Die Einrede richtet sich demnach gegen die Durchsetzung des Anspruchs. Den Bestand des Anspruchs läßt sie unberührt. Die Einwendung dagegen, die auch zu der Gruppe der Gegenrechte zählt, richtet sich gegen den Bestand des Anspruchs. Auf eine Einrede kann auch rechtswirksam verzichtet werden. Wird auf sie verzichtet, dann kann der Anspruch unbehindert geltend gemacht werden. Anders bei der Einwendung. Dort macht ein Verzicht auf die Einwendung den Anspruch nicht zum wirklichen oder klagbaren. Die Einrede wird im Prozesse nur dann berücksichtigt, wenn derjenige, dem sie zusteht, sich auf sie beruft. Dies sind die Hauptmerkmale einer materiell-rechtlichen Einrede. Prüfen wir nun, ob die exceptio plurium diese Eigenschaften besitzt. Falls diese bei der exceptio plurium als vorhanden festgestellt werden können, muß ihr gegenüber die replica doli zulässig sein, da sie dann sich gegen eine an sich begründete Einrede richten würde.

Wäre die exceptio plurium eine materiell-rechtliche Einrede, dann hätte man sich ihren Sinn und Zweck folgendermaßen vorzustellen: Sobald das Kind die Beiwohnung des Beklagten mit der Mutter nachweist, hat es einen Anspruch gegen ihn, dessen Erfüllung der Beklagte dann verweigern kann, wenn die Mutter in der Empfängniszeit noch mit einem andern Mane Geschlechtsverkehr gehabt hat. Man müßte dann als die den Anspruch stützende, als die klagebegründende Tatsache, die in der Empfängniszeit stattgefundene Beiwohnung ansehen und in der exceptio plurium eine gegen die Mutter gerichtete Strafmaßnahme erblicken. Als Strafe dafür, daß sie sich auch anderen Männern hingegeben hat, müßte sie das Kind unterhalten. Dies müßte die ratio legis der exceptio plurium sein. Einen strafähnlichen Charakter

1) Oertmann, Komm. § 194, (Vorbem.) B. I, S. 702 ff.

will ihr offenbar Opet[2] unterschieben, wenn er sie als eine „Einrede der Untreue" bezeichnet. Ebenso auch Scherer[3], der den Zweck der exceptio plurium darin erblickt, „daß sie die Mutter von einem unmoralischen Leben abhalten solle". Auch Josef[4] meint, daß die exceptio plurium der Unsittlichkeit der Frau steuern solle, die darin liege, „daß die Frau sich mit mehreren Männern eingelassen habe". Sogar bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist von den Verfechtern der exceptio plurium ein derartiger Gesichtspunkt mit zu deren Begründung angeführt worden (vgl. Prot. IV, S. 674; so auch Mot. IV, S. 885). Damit haben diese aber nur erklären wollen, daß durch die exceptio plurium neben ihrem eigentlichen Zweck noch ein anderer erreicht werden könnte, so daß sich auch deswegen die Einführung der exceptio plurium empfehlen würde. Die exceptio plurium kann nicht eine gegen die Mutter gerichtete Strafmaßnahme sein. Wäre sie dies, dann wäre es unerfindlich, wieso durch einen Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit der Abstammung der exceptio plurium ihre sträfliche Einwirkung genommen werden sollte. Ebenso wäre es verwunderlich, warum gerade der in einer bestimmten Zeit, der in der Empfängniszeit stattgefundene Mehrverkehr so geahndet werden sollte. Der Beischlaf an sich wird vom Rechte überhaupt nicht bewertet, er ist keine unerlaubte Handlung, wenn er auch eine unsittliche Handlung sein mag. Aber aus einem anderen Grunde ist der Beischlaf für das Recht von Bedeutung, nämlich deswegen, weil er ursächlich werden kann für die Erzeugung eines Kindes. Hat nur ein Mann mit der Mutter Geschlechtsverkehr gehabt, dann ist es sicher, daß das später geborene Kind nur von ihm abstammen kann. Wenn aber in der gesetzlichen Empfängniszeit zwei Männer mit der Kindesmutter verkehrt haben, dann kann das Kind sowohl von dem ersten wie von dem zweiten Manne empfangen worden sein. Es verdient aber bei der unehelichen Vaterschaft für den Gesetzgeber kein Geschlechtsverkehr einen Vorzug vor dem andern[5], es sind daher beide gleich zu werten, beide können für die Erzeugung ursächlich geworden sein. Die Vaterschaft ist dann in

2) Verwandtschaftsrecht, S. 373.
3) Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899, S. 381, Nr. 656.
4) In JW. 1925, S. 2107.
5) Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts. II. 2. § 206 a. S. 655 (1908).

einem solchen Falle ungewiß und für das Recht nicht vorhanden (vgl. Motive, IV, § 1571, S. 885). Die Fiktion der Vaterschaft kann dann nicht gelten, weil folgerichtig das Gesetz sowohl den ersten als auch den zweiten Beiwohner als Vater des unehelichen Kindes fingieren müßte. Dadurch würde es sich mit den logischen Gesetzen in Widerspruch stellen. Dem trägt der Gesetzgeber auch in der Bestimmung des § 1717, 2. Halbs. BGB. Rechnung, wo er die Geltung der Fiktion der Vaterschaft dann ausschließt, wenn durch den Beklagten eine Beiwohnung der Mutter mit einem anderen in der Empfängniszeit nachgewiesen wird. Dies ist der Sinn und Zweck der sog. exceptio plurium. Sollen daher die Ansprüche aus den §§ 1708 ff. überhaupt begründet sein, so darf kein Geschlechtsverkehr der Mutter während der Empfängniszeit mit einem andern als dem Beklagten vorliegen; denn weist dieser einen Mehrverkehr nach, so fehlt die klagebegründende Tatsache der Vaterschaft, weil bei Vorhandensein eines Mehrverkehrs vom rechtlichen Standpunkt aus keiner von den Beiwohnern als Vater gelten kann. Wäre die Beweisverteilung des § 1717 BGB. nicht gegeben, so hätte der Kläger, wenn er den Beweis der Vaterschaft auf die Beiwohnung stützen wollte, nachzuweisen, daß nur der Beklagte in der Empfängniszeit mit der Mutter verkehrt hat; denn ein solcher Beweis gehört zur Klagebegründung. Nur im Interesse der Ansprüche des Kindes hat der Gesetzgeber den Beweis der Vaterschaft in § 1717 in dieser Weise geregelt. Die in § 1717 getroffene Regelung der Beweislast ist nicht für das zwischen dem Kinde und dem Vater bestehende gesetzliche Schuldverhältnis gegeben, sondern zum Beweise der ein gesetzliches Schuldverhältnis begründenden Tatsache, der Vaterschaft. § 1717 dient zum Beweise des zwischen dem Kinde und dem Vater mit der Geburt entstehenden familienrechtlichen Verhältnisses, und dieses als solches ist kein gesetzliches Schuldverhältnis, sondern ein rein tatsächliches Verhältnis, an dessen Feststehen das Gesetz eine Schuldverpflichtung begründet. Wenn aber der Zweck der exceptio plurium nach § 1717 nichts weiter ist als der Ausschluß der Geltung der Fiktion der Vaterschaft, dann kann die exceptio plurium keine Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sein. Ist die exceptio plurium begründet, dann ist ein Vater des Kindes nicht vorhanden oder vielmehr die nicht nachgewiesene Vater-

schaft wird der nicht vorhandenen gleichgestellt (theoretisch hat das Kind einen Vater und somit auch einen Unterhaltsanspruch, aber es kann die Person des Verpflichteten wegen Vorliegens tatsächlicher Schwierigkeiten nicht nachweisen). Es entfällt dann in solchen Fällen die klagebegründende Tatsache der Vaterschaft.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Vorschrift des § 1718 BGB. Wer die Vaterschaft nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde anerkennt, kann sich nicht mehr auf die exceptio plurium berufen. Ein Teil erblickt in dieser Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718 einen Verzicht auf die exceptio plurium[6]. Wenn der Beiwohner auf die exceptio plurium verzichten könne, dann wird eben für ihn, wenn er sich im Unterhaltsprozesse auf die Tatsachen des Mehrverkehrs berufe, die Berufung auf diese Tatsachen zum Gegenrecht (so folgert Schweizer, in JW. 1911, S. 697, der aber diese Ansicht nicht teilt, weil er die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718 als ein Verzicht auf die exceptio plurium nicht ansieht). Wenn sie aber hier wie eine Einrede behandelt werde, dann müßte sie auch bei § 1717 eine solche sein. Auch die zweite Kommission (vgl. Prot. IV, S. 679) sah die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718 als ein Verzicht an und bemerkte sogar, „daß die exceptio plurium, die keine Einrede sei, in dieser Hinsicht wie eine solche behandelt würde". Die Anerkennung der Vaterschaft in der Form des § 1718 schafft aber nicht einen „selbständigen Verpflichtungsgrund, der nicht mehr bestritten werden dürfe, weil die Abstammung des Kindes ungewiß sei", wie dies Endemann[7] annimmt, sondern sie enthält nur „eine Verstärkung der Vermutung der Kausalität des Geschlechtsverkehrs" (vgl. Opet, v. Blume zu § 1718, Bem. 2, S. 639). Auch bei der Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718 bleibt immer weiter noch Verpflichtungsgrund die Vaterschaft. In dem Anerkenntnis liegt weiter nichts als das Geständnis der Beiwohnung, an das das Gesetz eine ungewollte Wirkung knüpft. Der Verzicht ist aber eine „gewollte Aufgabe eines rechtlichen Vorteils" (vgl. Walsmann, S. 291). Ein Geständnis der Vaterschaft selbst kommt aber nicht in Frage, da der Beiwohner

6) Dispeker, In Seuff. Bl. Bd. 69, S. 173; RGRKomm. Bd. 4, zu § 1718, Bem. 1; Soergel, Bd. 2, zu § 1718, Bem. 1.
7) 2. Bd., 2. Abt., § 206 a, S. 646.

nicht wissen kann, ob er der Vater des Kindes ist. Der Grund für diese gesetzliche Regelung ist darin zu erblicken, daß die Vaterschaft in einer öffentlichen Urkunde anerkannt worden ist. Oeffentliche Urkunden nehmen auch sonst in der Rechtsordnung eine bevorzugtere Stellung ein (vgl. § 415 ff. ZPO.). Derselben Ansicht wie hier auch Staudinger[8] und Janischowspy[9]. Letzterer drückt das ganz richtig in vorliegender Weise aus: mögliche Vaterschaft und Anerkenntnis in öffentlicher Urkunde = tatsächliche Vaterschaft. Die exceptio plurium kann daher nur den Sinn haben, der ihr oben beigelegt worden ist, etwas anderes kann auch nicht aus § 1718 hergeleitet werden.

3. Teil:

Folgerungen für die Anwendbarkeit der replica doli gegenüber der exceptio plurium.

§ 13.

Begründung der Unzulässigkeit der replica doli gegenüber der exceptio plurium.

Wenn aber die Funktion und das Wesen der exceptio plurium in nichts anderem besteht, als daß dadurch die Fiktion der Vaterschaft ausgeschlossen wird, so kann die replica doli ihr gegenüber nicht begründet sein; denn diese Folge muß in jedem Falle des Mehrverkehrs eintreten, ganz gleich, ob der Mehrverkehr durch ein Verschulden des ersten Mannes herbeigeführt worden ist oder nicht. Auch der Eintritt der Verpflichtung nach §§ 1708 ff. erfolgt auch ganz unabhängig von dem Verschulden und der Zurechnungsfähigkeit des Beiwohners, weil eben das Gesetz die Verpflichtung dem Vater des Kindes, und nicht dem Beiwohner auferlegt. Ursächlich für die Vaterschaft des Verpflichteten kann nur der Akt der Zeugung sein. Es gibt aber zwar eine unerlaubte Beiwohnung, aber keine unerlaubte Zeugung (vgl. Eichbaum, JW. 1911, S. 960)[1].

8) Bd. IV. zu § 1718 Bem. 1b, S. 1259.
9) Die zivilrechtlichen Folgen der deliktischen Zweitbeiwohnung, Inaug. Diss. Breslau 1929, S. 21.
1) Staudinger, Bd. IV, zu § 1717, Bem. 3a, S. 1252. Weidlich, a.a.O., S. 50. Wurzer, im Recht, 1912, S. 226 und andere.

§ 14.

Würdigung der Gegenansichten.

In der Literatur sind vereinzelt Ansichten vertreten, die die replica doli gegenüber der exceptio plurium zulassen. Scherer[1] läßt eine Gegeneinrede der Arglist gegenüber der exceptio plurium ohne Bedenken zu. Auch Enneccerus[2] spricht sich für die Zulässigkeit der Gegeneinrede der Arglist gegenüber der exceptio plurium aus. Als Begründung führt er vergleichsweise den § 162 BGB. an. Der Beklagte hätte nach § 162 Abs 1 BGB. den Eintritt einer Bedingung, das heißt die Feststellung der Vaterschaft, wider Treu und Glauben verhindert. Diese Bedingung müßte nach § 162 BGB. als eingetreten gelten, der Beklagte hätte als Vater des unehelichen Kindes zu gelten. § 162 BGB. findet Anwendung auf Personen, die in Rechtsbeziehungen zueinander stehen, und die die Wirkung eines Rechtsgeschäftes von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht haben. Gerade ihre rechtsgeschäftlichen Beziehungen untereinander, in denen sie auch schon vor Eintritt der Bedingung stehen, legen ihnen eine Verpflichtung auf, die miteinander vereinbarten Normen zu beachten. Ein solches Rechtsgeschäft, auf das sich § 162 BGB. nur beziehen kann, weil die §§ 158 ff. von Rechtsgeschäften sprechen, liegt aber zwischen der Kindesmutter und dem als Vater in Anspruch genommenen Beklagten nicht vor. Die Beiwohnung des Beklagten mit der Kindesmutter kann solche Beziehungen nicht schaffen, denn sie ist ein rein tatsächlicher Akt, der nur die Befriedigung der natürlichen Geschlechtstriebe zum Gegenstande hat. Der Wille derer, die Geschlechtsverkehr miteinander pflegen, geht nicht dahin, dadurch in irgendwelche rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten. Die direkte Anwendung des § 162 ist nicht gerechtfertigt. Aber auch eine analoge Anwendung kann nicht Platz greifen, weil die Personen, die geschlechtlich miteinander verkehren, durch den Geschlechtsverkehr in keine Verpflichtungen eintreten. Der Geschlechtsverkehr ist nach dem Rechte keine unsittliche oder unerlaubte Handlung, durch die ein Schuldverhältnis begründet werden könnte. Ein gesetzliches Schuldverhältnis,

1) BGB. Bd. IV, S. 382, Nr. 659 (1899).
2) Lehrb. z. BGB. II, 2 § 95, Ziff. II, 1, S. 388.

auf das sich die Ansprüche § 1708 ff. stützen, kommt erst nach der Geburt des Kindes in Betracht. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 1716 BGB. weil der nur eine vorläufige Regelung vor der Geburt des Kindes trifft.

Das Landgericht Fürth (vgl. JW. 1924, S. 334 Nr. 4) vertritt die Auffassung, daß in dem Falle eines schuldhaften Mehrverkehrs gleiches gelten müsse, wie beim Anspruch der Braut aus § 1300 BGB., wo sich der ungetreue Verlobte auf die Bescholtenheit der Braut dann nicht berufen könne, wenn er die Bescholtenheit vor Eingehen des Verlöbnisses selbst herbeigeführt habe. Dem ungetreuen Verlobten kann im Prozesse die Braut der Einrede der Bescholtenheit die Gegeneinrede der Arglist entgegenhalten. Der Anspruch aus § 1300, der den sog. Defloration sanspruch enthält, und die aus den §§ 1708, 1715 BGB. entspringenden Ansprüche haben insofern etwas Gemeinsames, als sie beide an die Beiwohnung anknüpfen. Der Anspruch aus dem § 1300 BGB. gründet sich aber auf ein Schuldverhältnis, das durch den grundlosen Rücktritt eines Verlobten zwischen den einstigen Verlobten entsteht. Die Person des Verpflichteten steht bei einem Anspruche aus § 1300 im Gegensatz zu den Ansprüchen aus §§ 1708 ff. auf jeden Fall fest. Verpflichtet soll sein, wer grundlos das Verlöbnis gelöst hat. § 1300 gibt einer unbescholtenen Braut einen Anspruch. Die Bescholtenheit hängt von dem Geschlechtsverkehr, von der Beiwohnung als solcher ab. Für die Begründung der Ansprüche aus den §§ 1708, 1715 BGB. interessiert die Tatsache der Beiwohnung als solche noch nicht. Es kommt auch gar nicht darauf an, ob die Mutter zur Zeit des Geschlechtsverkehrs bescholten war. Hier kommt die Beiwohnung nach § 1717 BGB. nur insofern in Betracht, als sie die uneheliche Vaterschaft begründen kann. Bei § 1300 ist aber jeder Geschlechtsverkehr mit einem Manne geeignet, die Bescholtenheit des Mädchens herbeizuführen. Es genügt der Geschlechtsverkehr als solcher. Die Gegeneinrede der Arglist gegenüber der Einrede der Bescholtenheit in einem Falle, wo der Verlobte selbst vor dem Verlöbnis die Bescholtenheit der Braut herbeigeführt hat, ist daher durchaus gerechtfertigt, weil niemand aus seinem eige-

---

3) A.A. Janischowsky, a.a.O., S. 32 ff, dessen Ansicht über die replica doli in diesem Punkte aber nicht geteilt werden kann.

nen schuldhaften Verhalten Rechte ableiten kann[3]. Gegenüber der exceptio plurium scheitert die replica doli nur daran, daß bei ihr die Person des Verpflichteten, die Vaterschaft des Beklagten, nicht feststeht, der Gesetzgeber aber erst an das Feststehen dieser Tatsache die Ansprüche knüpft. Aus § 1300 kann daher nichts für die Zulässigkeit der replica doli gegenüber der exceptio plurium hergeleitet werden.

Auch der Reichsgerichtsräte-Kommentar (Bd. IV zu § 1717 Bem. 3) will einschränkend die Gegeneinrede der Arglist gegenüber der exceptio plurium zulassen, wenn sich die Beiwohnung der Mutter mit dem andern als eine gegen diese gerichtete unerlaubte Handlung nach § 825 BGB. darstellt. Aber darauf kann es nach den früheren Ausführungen über die exceptio plurium und die replica doli nicht ankommen.

Schlußbemerkung.

Die Folgen eines in arglistiger Weise erworbenen Mehrverkehrs können daher nur ebenso wie in den gewöhnlichen Fällen durch den Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit der Abstammung nach § 1717 Abs. 1 Satz 2 beseitigt werden, wenn der Rechtsgrund der Vaterschaft für die Ansprüche nach § 1708 ff. im Prozesse beibehalten wird. Sonst können sie nur auf dem Umwege über die unerlaubte Handlung beseitigt werden, soweit die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung gegeben sind. Ein Unterhaltsanspruch des Kindes selbst wird aber auf den Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung nicht gestützt werden können. Den Unterhaltsanspruch wird nur die Mutter verlangen können, weil nur gegen sie und nicht gegen das Kind, das zur Zeit des Beischlafes noch nicht existiert, eine unerlaubte Handlung begangen werden kann. Im übrigen ist noch zu bemerken, daß die hier erörterte Frage über die Zulässigkeit der replica doli gegenüber der exceptio plurium dann, wenn der Entwurf vom 11. Januar 1929 Gesetz geworden sein wird, ihre praktische Bedeutung verlieren wird; denn nach diesem Entwurfe soll die exceptio plurium beseitigt werden (vgl. Näheres Kipp, in DJZ. 1929, S. 461 ff.).

Lebenslauf.

Ich, Thomas Pilot, bin am 10. Dezember 1904 als Sohn des Zugführers i. R. Johann Pilot und seiner Ehefrau Josephi, geb. Bogatz, in Kuhnau, Kr. Kreuzburg OS., geboren. Vom 6. bis zum 10. Lebensjahre besuchte ich die katholische Volksschule in Kuhnau, von Ostern 1915 ab das humanistische Gymnasium in Kreuzburg, das ich Ostern 1924 nach bestandener Reifeprüfung verließ. Von da ab studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften an der Universität in Breslau. Am 21. April 1928 bestand ich in Breslau die erste juristische Prüfung und am 10. Juli 1928 die mündliche Doktorprüfung. Seit 6. August 1928 befinde ich mich im Vorbereitungsdienste.